Ungeschriebene Grenzen der Privatautonomie.

Eine Einschränkung des Anwendungsgebietes des § 138 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Abhandlung

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität

zu **Bonn**

von

Eberhard Butteweg
Gerichtsreferendar in Düsseldorf

Osnabrück, Februar 1929.

Angenommen auf Bericht
der Professoren Dr. Dölle und Dr. Schreuer.

Meinen Eltern!

Uebersicht

Einleitung: Begriff der Privatautonomie (§ 1) 1

I. Hauptteil: Möglicher Inhalt und Grenzen des Schuldverhältnisses, bestimmt nach dem Herrschaftsbereich der Rechtsordnung.

1. Das Erfordernis des Vermögenswertes der Leistung.
   a) nach römischem, gemeinem und den sonstigen deutschen Partikularrechten (§ 2) 3
   b) nach bürgerlichem Recht. (§ 3) 7
2. Ablehnung der vermögensrechtlichen Theorien. (§ 4) . . 11
3. Bedeutung des „schutzwürdigen Interesses" und des „rechtlichen Verpflichtungswillens" für die Entstehung des Schuldverhältnisses (§ 5) 15
4. Die drei Lebenskreise, insbesondere die rechtsfreie Sphäre (§ 6) 19

II. Hauptteil: Das Verbot sittenwidriger Rechtsgeschäfte nach § 138 BGB.

1. Gesetzliche Beschränkungen der Privatautonomie. (§ 7) . 22
2. Die Vorgeschichte des § 138 BGB. (§ 8) 24
3. Stand von Rechtslehre und Rechtsprechung zu § 138 BGB. (§ 9) 30
4. Kritische Würdigung der verschiedenen Ansichten. (§ 10) 35
5. Die drei Kategorien von Lotmar; die Bedeutung der zweiten Kategorie. (§ 11). 38

III. Hauptteil: Die Unwirksamkeit freiheitsbeschränkender Verträge.

1. Abweichungen von der zweiten Kategorie von Lotmar in Rechtslehre und Rechtsprechung. (§ 12) 46
2. Ablehnung der zweiten Kategorie von Lotmar. (§ 13) . . 52
3. Die freiheitsbeschränkenden Verträge als Teil der rechtsfreien Sphäre. (§ 14) 54

IV. Hauptteil: Einteilung und die Hauptarten der freiheitsbeschränkenden Verträge.

1. Beschränkung der allgemeinen Freiheit. (§ 15) 60
2. Beschränkung der kraft besonderer Rechtsstellung dem Einzelnen zustehenden Freiheit. (§ 16) 67
3. Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit. (§ 17).
   a) Wettbewerbverbote 72
   b) Knebelungsverträge 77
   c) Bierlieferungsverträge 84

Schluß: Rechtliche Schlußfolgerungen. (§ 18) 86

Schriftenverzeichnis.

I.

Baumbach. Das Erfolgshonorar des Anwalts. In Juristische Wochenschrift 1927. S. 2449 ff.

Brinz. Lehrbuch der Pandekten. 2. Aufl. Erlangen 1873/92.

Bruns. Pandektenrecht. In Holtzendorffs Encyklopädie der Rechtswissenschaft. 6. Aufl. Leipzig und Berlin 1904.

Brütt. Die Kunst der Rechtsanwendung. Berlin 1907.
Jena 1922.

Cosack. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Bd. 7. Auflage. Jena 1922.

Crome. System des bürgerlichen Rechts. I. Bd. Allgemeiner Teil 1900; II. Bd. Recht der Schuldverhältnisse 1902. Tübingen und Leipzig.

„ Die Grundlehren des französischen Obligationenrechts. Mannheim 1894.

Dernburg. Pandekten. II. Bd. Obligationenrecht. Berlin 1886.

„ Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. I. Bd. Die allgemeinen Lehren. 3. Aufl. 1906. II. Band. Die Schuldverhältnisse. 1. Abt. Allgemeine Lehren. 1905. Halle.

Eccius. Kritik von Lotmar, Der unmoralische Vertrag. In Gruchots Beiträgen. Bd. 41. S. 736 ff.

Eckstein. Zur Lehre von der Nichtigkeit des Vertrages wegen Unsittlichkeit. In Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 38. S. 195 ff.

„ Studien zur Lehre von den unsittlichen Handlungen, Rechtshandlungen und Rechtsgeschäften, insbesondere Verträgen. In Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 41. S. 178 ff.

Endemann. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches. 9. Aufl. Berl. 1903.

Enneccerus-Kipp-Wolff. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Bd. 1. Abt. Einleitung, Allgemeiner Teil. 18.—21. Aufl. 1923. I. Bd. 2. Abt. Recht der Schuldverhältnisse. 18. — 22. Aufl. 1923. Marburg.

Ehrlich. Das zwingende und nichtzwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch. In Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß. II. Bd. 4. Heft. Jena 1899.

Fischer-Henle. Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches. 13. Aufl. München 1927.

Förster-Kann. Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 3. Aufl. Berlin 1913/26.

Friedrichs. Vertragsrecht. Berlin 1927.

Fuld. Recht und Moral im neuen Gesetzbuche. In Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern. Bd. 64. S. 173.

Gareis. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1900.

Geller. Das Recht der wirtschaftlichen Concurrenz. Forts. VII. Vertragsmäßige Ausschließung der Concurrenz. In Oesterreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis. IX. Bd. S. 1 ff. Wien 1892.

Gierke, Otto. Deutsches Privatrecht. I. Bd. Allgemeiner Teil und Personenrecht. Leipzig 1895. III. Bd., Schuldrecht. München und Leipzig 1917.

„ Recht und Sittlichkeit. In „Logos", Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur. Bd. VI. 1916/17. Heft 3. S. 211 ff.

Glässing. Zur Annahme öffentlichen Rechts im Bürgerlichen Gesetzbuch. In Archiv für öffentliches Recht. Bd. 18. S. 54 ff.

Goldmann-Lilienthal. Das Bürgerliche Gesetzbuch. 2. Aufl. Berlin 1903.

Hachenburg. Die Berücksichtigung des Sittengesetzes im Bürgerlichen Gesetzbuch. Vortrag, gehalten in der 32. Sitzung der Berliner Juristischen Gesellschaft am 10. Juni 1899. Im 41. Jahresbericht. S. 25 ff.

Hartmann. Die Obligation. Erlangen 1875.

Hasenöhrl. Das österreichische Obligationenrecht. Bd. I. Wien 1878/82.

Hedemann. Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. In Grundrisse der Rechtswissenschaft. II. Bd. Berlin u. Leipzig 1921.

Hein. Die Verleitung zum Vertragsbruch. In Leonhards Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts. Bd. 18. Heft 33. 1906.

Hellwig. Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Leipzig 1903.

„ Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Eine prozessuale Abhandlung mit Beiträgen zum bürgerlichen Recht. Leipzig 1901.

„ Anspruch und Klagerecht. In Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß. V. Bd. S. 1 ff. Jena 1900.

„ Ueber die Grenzen der Vertragsmöglichkeit. In Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 86. S. 223 ff.

Herzog. Zum Begriff der guten Sitten im Bürgerlichen Gesetzbuch. Auf Grund einer Untersuchung des Verhältnisses von Sitte, Recht und Moral. In Leonhards Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts. Heft 33. Breslau 1910.

Hoelder. Kommentar zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. München 1900.

Jacobi. Recht, Sitte und Sittlichkeit. Ein Beitrag zur Begriffslehre des deutschen bürgerlichen Rechts. In Jherings Jahrbücher für Dogmatik. Bd. 41. S. 68 ff. Jena 1900.

„ Die sittliche Pflicht im Bürgerlichen Gesetzbuch. In Festgabe für Heinrich Dernburg zum 50 jährigen Doktorjubiläum. Berlin 1900.

Jacoby. Der abstrakte Vertrag im Bürgerlichen Gesetzbuche in Beziehung zu § 138 Abs. 1. Dissertation der Universität Erlangen. Borna-Leipzig 1919.

Jaeger. Kommentar zur Konkursordnung. 3. u. 4. Aufl. Berlin 1907.

„ Konkursrecht. In Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft von Kohlrausch, Kaskel, Spiethoff. Bd. XVIII. Berlin 1924.

V. Jhering. Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des römischen und deutschen Privatrechts. 3. Bd. Jena 1886.

„ Ein Rechtsgutachten betr. die Gäubahn. In Jherings Jahrbücher für Dogmatik. Bd. 18. 1. u. 2. Heft. Jena 1879.

V. Jhering. Der Zweck im Recht. I. Bd. 1877. II. Bd. 1898. Leipzig.

Joerges. Das Verfahren des Reichsgerichts zur Begründung des Verstoßes gegen die guten Sitten. In Zeitschrift für Rechtsphilosophie. I. Bd. S. 208 ff. Leipzig 1914.

Klein. Untergang der Obligation durch Zweckerreichung. Eine Untersuchung auf dem Gebiete des deutschen bürgerlichen Rechts. Berlin 1905.

Knapp. System der Rechtsphilosophie. Erlangen 1857.

Koch. Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten. 8. Aufl. Bearbeitet von Achilles, Hinschius, Johow und Vierhaus. Berlin und Leipzig 1884.

Kohler. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Bd. Allgemeiner Teil. II. Bd. 1. Teil. Schuldrecht. Berlin 1906.

„ Die Ideale im Recht. In Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 5. S. 161 ff. Berlin 1891.

„ Zwölf Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. I. Das Obligationsinteresse. In Archiv für bürgerliches Recht. 12. Bd. S. 1 ff.

Kommentar von Reichsgerichtsräten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 5. Aufl. Berlin und Leipzig 1925.

Koschaker. Besprechung von Steiner, Datio in solutum. In Zeitschrift der Savignystiftung. Bd. 37. S. 348 ff.

Kuhlenbeck. Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band I. Berlin 1898.

Laband. Zum zweiten Buch des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. I. Abschn. Titel 1—3. In Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 73. S. 161 ff.

Laurent. Principes de Droit Civil. 5. Edition. Bruxelles, Paris 1893.

Lehmann. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. In Grundrisse der Rechtswissenschaft. 1. Bd. 2. Aufl. Berlin und Leipzig 1922.

Leonhard. Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches in seinem Einfluß auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft. Berlin 1900.

„ Der Verstoß gegen die guten Sitten. In Festgabe für Bekker. Aus Römischem und Bürgerlichem Recht. S. 87 ff. Weimar 1907.

V. Liszt. Die Deliktsobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuches. In Das Bürgerliche Recht in Einzeldarstellungen. Berlin 1898.

Lotmar. Der unmoralische Vertrag, insbesondere nach gemeinem Recht. Leipzig 1896.

Marcus. Streitfragen betr. das vertragliche Konkurrenzverbot. In Deutsche Juristen-Zeitung 1907. S. 952 ff.

Marquardt. Wirtschaftliche Knebelung der Erwerbsgesellschaften. In Deutsche Juristen-Zeitung 1922. S. 719 ff.

Meili. Studien über die rechtliche Natur und Wirkung der von einer Eisenbahn-Gesellschaft gegenüber Gründungsgesellschaften oder -comites eingegangenen Verpflichtung zum Bau und Betrieb einer Eisenbahn. In Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 24. S. 339 ff.

Meves. Kriminalistische Erörterungen aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In Goltdammers Archiv. Bd. 46. S. 81 ff.

Mitteis. Aus römischem und bürgerlichem Recht: II. Zur Auslegung von BGB. § 138 Abs. 1. In Leipziger Festschrift für Wach.

Neuner. Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse. Kiel 1866.

Oertman. Bürgerliches Gesetzbuch. Allgemeiner Teil. 3. Aufl. Berlin 1927.

Opet u. v. Blume. Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. I. und II. Abschn. 1906. III. Abschn. 1904. Berlin.

Planck. Zur Auslegung des § 826 BGB. In Deutsche Juristen-Zeitung 1907. S. 8.

Plancks Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. I. Bd. Allgemeiner Teil. 4. Aufl. 1913. II. Bd. 1. Hälfte. Recht der Schuldverhältnisse. 4. Aufl. 1914. Berlin.

Puchta-Rudorff. Pandekten. 12. Aufl. Leipzig 1877.

Regelsberger. Handelsgeschäfte; Allgemeine Grundsätze. In Endemanns Handbuch. Bd. 2. S. 383 ff. Leipzig 1882.

Rehbein. Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen für das Studium und die Praxis. Berlin 1899/1903.

Ritter. Die Konkurrenzklausel im neuen Recht. In Deutsche Juristen-Zeitung 1902. S. 349.

Ryck. Lehre von den Schuldverhältnissen nach gemeinem deutschen Recht. Berlin 1883.

Schierlinger. Sittliche Pflicht und Anstandsrücksichten. In Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern. Bd. 81. (1906.) S. 661.

Schmidt, Heinrich. Philosophisches Wörterbuch. 6. Aufl. Stuttgart 1921.

Schollmeyer. Recht der Schuldverhältnisse. 1. Hälfte. Allgemeiner Teil des Rechts der Schuldverhältnisse. München 1900.

Schöninger. Die Leistungsgeschäfte des bürgerlichen Rechts. Tübingen 1906.

Schreuer. Deutsches Privatrecht. Einführung in das geltende bürgerliche Recht mit rechtsvergleichenden Ausblicken. Stuttgart 1921.

Seuffert. Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 11. Aufl. München.

Siber. Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht. Leipzig 1903.

Sohm-Mitteis-Wenger. Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts. 17. Aufl. München und Leipzig 1923.

Stammler. Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.

„ Die Lehre von dem richtigen Rechte. Neue Aufl. Halle 1926.

Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12. und 13. Aufl. Berlin und Leipzig 1926.

V. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. I. Bd. Allgemeiner Teil. 5./6. Aufl. 1910. II. Bd. Recht der Schuldverhältnisse. 5./6. Aufl. 1910. IV. Bd. Familienrecht. 1. Teil. 5./6. Aufl. 1910. München und Berlin.

Steinbach. Die Moral als Schranke des Rechtserwerbs und der Rechtsausübung. Wien 1898.

„ Die „guten Sitten" im Rechte. In Deutsche Juristen-Zeitung 1899. S. 47 ff.

Thon. Rechtsnorm und subjektives Recht. Weimar 1878.

V. Tuhr. Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. I. Bd. Allgemeine Lehren und Personenrecht. Leipzig 1910. II. Bd. 1. Hälfte. Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft. München und Leipzig 1914. II. Bd. 2. Hälfte. München und Leipzig 1918.

V. Tuhr. Kritik über Hellwig. Die Verträge auf Leistung an Dritte. In Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. 43. (3. Folge. Bd. 7.) S. 542 ff. Tübingen und Leipzig 1902.

Unger. Revidierter Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für Sachsen. In Jherings Jahrbücher für Dogmatik. Bd. 10. S. 58 ff.

Vogel. Der Begriff des gegen die guten Sitten verstoßenden Rechtsgeschäfts nach § 138 Abs. 1 BGB. Dissertation der Universität Leipzig. Borna-Leipzig 1906.

Wächter. Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts. Stuttgart 1842/51.

Weigelin. Sitte, Recht und Moral. Untersuchungen über das Wesen der Sitte. Berlin, Leipzig 1919.

Wendt. Lehrbuch der Pandekten. Jena 1888.

„ Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Recht. In Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 92. S. 48 ff.

Weyl. System der Verschuldungsbegriffe im Bürgerlichen Gesetzbuch. München 1905.

Windscheid-Kipp. Lehrbuch des Pandektenrechts. II. Bd. 9. Aufl. Frankfurt a. Main 1906.

Wolff, Th. Zum Sittengesetz. In Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht. 1914. S. 1268 ff.

Zachariä-Crome. Handbuch des französischen Zivilrechts. 8. Aufl. Freiburg 1894.

Ziebarth. Die Realexekution und die Obligation. Halle 1866.

Zimmermann. Die Lehre von der stellvertretenden negotiorum gestio. Straßburg 1876.

Zitelmann. Internationales Privatrecht. Bd. I. Leipzig 1897.

II.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1899.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches. Im Auftrage des Reichjustizamtes bearbeitet von Achilles, Gebhard, Spahn. Berlin 1897.

Hahn, Die gesamten Materialien zur Zivilprozeßordnung. Berlin 1881.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft. Berlin und Leipzig.
Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausgegeben von Warneyer. Leipzig.
Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Herausgegeben von Schütt. München und Berlin.
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann. Berlin und Leipzig.
Juristische Wochenschrift. Herausgegeben vom Deutschen Anwaltverein. Leipzig.
Deutsche Juristen-Zeitung. Herausgegeben von Otto Liebmann. Berlin.
Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht. München, Berlin und Leipzig.
Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Herausgegeben von Küntzel, Eccius, Predari.
Das Recht. Herausgegeben von Soergel. Hannover.
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern (früher Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung).

Begriff der Privatautonomie.

§ 1

Unser Rechtssystem geht von der Grundanschauung aus, daß sich die Rechtsordnung bei der Regelung der Lebensverhältnisse nicht lediglich auf die Anwendung objektiven Rechts beschränkt, sondern daß sie aus Gründen der Zweckmäßigkeit an der Erfüllung ihrer Aufgaben in weitem Umfange das einzelne Rechtssubjekt teilnehmen läßt. Neben oder statt der vom Gesetzgeber vorgeschriebenen Ordnung können die Parteien eine andere, ihren besonderen Belangen angepaßte aufstellen. Damit ist dem Parteiwillen rechtsschöpferische Kraft verliehen. Zu seiner Betätigung stellt ihm die Rechtsordnung die wichtigste Art der juristischen Handlungen: das Rechtsgeschäft, zur Verfügung. Nur auf rechtsgeschäftlichem Wege kann das Rechtssubjekt einen Kaufvertrag abschließen, Eigentum erwerben, eine Ehe eingehen oder ein Testament errichten. Dadurch kennzeichnet sich die allbeherrschende Macht des Rechtsgeschäfts als Ausdrucksform des rechtsschöpferischen Parteiwillens. Wollte jemals eine Rechtsordnung auf das Institut des Rechtsgeschäfts verzichten, — sie würde bei allen ihren sonstigen Vorzügen eine leblose papierne Existenz führen: denn das Rechtsgeschäft und der in ihm zum Ausdruck gelangende Parteiwille ist das dynamische Element, das die Brücke zum pulsierenden Leben schlägt und leblose Ideen hier fruchtbar werden läßt.

Diese allgemeine Befugnis des Rechtssubjekts, innerhalb der durch Gesetz und Gewohnheitsrecht gezogenen Grenzen über die Gestaltung seiner Rechtsverhältnisse durch Rechtsgeschäft nach eigenem Willen zu verfügen, pflegt man als Privatautonomie zu bezeichnen; diese ist als Quelle subjektiver Rechte allerdings wohl zu unterscheiden von der gleichfalls Autonomie genannten Befugnis nichtstaatlicher Verbände zur Schaffung objektiven Rechts.

Unbeschadet der grundsätzlichen Anerkennung, die die Privatautonomie im Privatrecht gefunden hat, ist sie doch ihrem Umfange nach im einzelnen unterschiedlich. Der Kreis der Sachenrechte ist ein geschlossener; Stockwerkeigentum zu begründen, ist dem Parteiwillen versagt. Auch die Rechtsfiguren des Erbrechts sind im wesentlichen zwingender Natur und schränken die Privatautonomie nicht unerheblich ein; der Erblasser kann andere als die gesetzlich aufgeführten Verfügungen von Todeswegen nicht treffen. Aehnlich liegen die Verhältnisse im Familienrecht, wenn auch hier die Privatautonomie, z. B. bei den Eheverträgen, schon mehr zur Geltung kommt. Anders dagegen das Recht der Schuldverhältnisse; dies ist das Gebiet der eigennützigen Machtverhältnisse, auf dem sich der freie Parteiwille selbstschöpferisch, nicht an gesetzlich vorgeschriebene Vertragstypen gebunden, nach allen Richtungen hin frei auswirken kann. Wenn man daher von „Privatautonomie" im eigentlichen Sinne spricht, denkt man besonders an die Befugnisse des Rechtssubjekts zur selbständigen Regelung gerade seiner schuldrechtlichen Verhältnisse, an die Befugnis, beliebig persönliche Verpflichtungen einzugehen oder Forderungsrechte zu erwerben.

I. HAUPTTEIL.

Möglicher Inhalt und Grenzen des Schuldverhältnisses, bestimmt nach dem Herrschaftsbereich der Rechtsordnung.

1. Das Erfordernis des Vermögenswertes der Leistung.

a) Nach römischem, gemeinem und den sonstigen deutschen Partikularrechten.

§ 2

Aber auch die weitestgehende Privatautonomie auf schuldrechtlichem Gebiete kann nicht bedeuten, daß, abgesehen von Verstößen gegen die guten Sitten oder ein gesetzliches Verbot, schlechthin jedes Verhalten durch einen schuldrechtlichen Vertrag ausbedungen werden kann. Eine nähere Umschreibung desjenigen, was gültig zum Gegenstand einer schuldrechtlichen Verpflichtung gemacht werden kann, erscheint geboten.

Diese Frage nach dem möglichen Inhalt des Schuldverhältnisses hat schon im gemeinen Recht keine einhellige Beantwortung gefunden, da auch die römischen Quellen eine klare Stellungnahme vermissen lassen. Der Streit der beiden Hauptlehrmeinungen hat sich auf die Frage des Erfordernisses des Vermögenswertes der Obligation zugespitzt. Beide Anschauungen können die hervorragendsten Vertreter der gemeinrechtlichen Wissenschaft zu den Ihren zählen. Für das das Erfordernis des Vermögenswertes haben sich ausgesprochen:

Wächter,[1]) Brinz,[2]) Hartmann,[3]) Wendt,[4]) Dernburg,[5]) Laband, [6]) Hellwig,[7]) Endemann,[8]) Meili,[9]) Ryk[10]) und Neuner;[11]) dagegen Jhering,[12]) Windscheid,[13]) Regelsberger,[14]) Kohler,[15]) Rudorff, [16]) Ziebarth[17]) Unger,[18]) Bruns,[19]) Exner,[20]) Zimmermann,[21]) Thon,[22]) Hasenöhrl [23]) und Stammler.[24])

Von vornherein muß betont werden, daß für die Streitfrage nichts aus dem Grundsatz der Geldkondemnation gefolgert werden kann, mag dieser auch von den Vertretern der das Erfordernis des Vermögenswertes bejahenden Theorie vielfach als beweiskräftig herangezogen werden.[25]) Dies erhellt klar aus der geschichtlichen Entwicklung der pecuniaria condemnatio.[26]) Der Staat der Frühzeit, der erstmalig seinem gerichtlichen Verfahren kraft seiner staatlichen Macht Anerkennung verschaffen mußte, baute auf der Art der Rechtsverwirk-

---

[1]) Wächter, Württ. Privatrecht II § 32.
[2]) Brinz, Pandekten II, 94.
[3]) Hartmann, Obligation S. 54.
[4]) Wendt, Pandekten § 186.
[5]) Dernburg, Pandekten II § 17 S. 48.
[6]) Laband, ZivA. 73, 171.
[7]) Hellwig, ZivA 86, 223.
[8]) Endemann, Lehrbuch S. 627.
[9]) Meili, ZS. f. HR. XXIV S. 362 ff.
[10]) Ryk, Schuldverhältnisse S. 6 ff.
[11]) Neuner, Privatrechtsverhältnisse S. 64 ff.
[12]) Jhering, Dogmj. 18, Hft. 1—2 = Ges. Aufs. III.
[13]) Windscheid, Pandekten II § 250 Anm. 3.
[14]) Regelsberger in Endemanns Handb. II § 250 III S. 472.
[15]) Kohler, BürgA. 12, 1.
[16]) Rudorff bei Puchta § 220 S. 336.
[17]) Ziebarth, Realexekution S. 29 ff.
[18]) Unger, Sächsischer Entwurf S. 52 ff.
[19]) Bruns in Holtzend. Encykl. I § 48 S. 363.
[20]) Exner, Pfandrechtsbegriff S. 52.
[21]) Zimmermann, Stellvertretende negotiorum gestio S. 51 ff.
[22]) Thon, Rechtsnorm S. 189, 203.
[23]) Hasenöhrl, Oesterreich. Obligationsrecht I S. 21 ff.
[24]) Stammler, Schuldverhältnisse S. 1 ff.
[25]) So z. B. Endemann I § 109 S. 627 Anm. 5 a.
[26]) Gaj. IV, 48: „Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est."

lichung auf, die er vorfand: auf der Selbsthilfe. Wie diese, deren Grundgedanken er sich zu eigen machte, will er dem Verletzten nicht zu seinem Rechte verhelfen, sondern lediglich den Rechtsbrecher strafen. Neu war an der staatlichen Regelung nur die Art und Weise der Ausübung der Selbsthilfe, daß der Staat sie nämlich einerseits der gerichtlichen Form unterwarf, sie andererseits milderte, indem er dem Rechtsbrecher die Möglichkeit gewährte, sich durch Zahlung einer Geldsumme von der Schuldknechtschaft zu befreien, und zwar das bemerkenswerterweise auch dann, wenn die unterbliebene Leistung nicht auf Geld gerichtet war. Denn die Lösungssumme sollte nicht Ersatz für die unterbliebene Leistung, sondern Sühne für den begangenen Rechtsbruch sein.[27]) Schlagwortartig kann man deshalb von der „ursprünglich pönalen Natur des Zivilrechts" sprechen. Nicht angängig ist es also, aus dem Grundsatz der Geldkondemnation den Schluß zu ziehen, daß in Rom schon der Kondemnationsfrage halber Obligationen ohne Vermögensinteresse nicht hätten anerkannt werden können.

Als Hauptargument führen die Vertreter der vermögensrechtlichen Theorien[28]) folgende Stelle aus D XL, 7, 9, 2 an: „. . . . ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt." Dieser Satz scheint in der Tat für sich allein betrachtet, unzweideutig die Streitfrage zugunsten der Anhänger der vermögensrechtlichen Theorie zu entscheiden. Wenn es nun an sich schon stets sehr bedenklich ist, einen abstrakten Satz außerhalb des Zusammenhangs verstehen und für sich allein als beweiskräftig hinstellen zu wollen, so gilt dies anerkanntermaßen nirgendwo mehr, als bei den Werken der römischen Juristen, für deren Methode der praktische Fall alles, die abstrakte Rechtsregel nichts war.[29]) So muß denn auch hier ein näheres Eingehen auf den Zusammenhang zu einem ganz anderen, sinnvolleren Ergebnis führen. Ulpian wirft nämlich in der erwähnten Stelle die Frage auf, ob der Schuldner frei werde, wenn der geschuldete und gelieferte statuliber später infolge testamentarischer Anordnung die Freiheit erlange. Er bejaht die Frage in Uebereinstimmung mit Octavenus mit der Begründung, daß

[27]) Koschaker in Zeitschr. d. Sav. Stift. Bd. 37 S. 354 IIb; Sohm, Institutionen § 116 I S. 693.

[28]) Dernburg, Pandekten II § 17 Anm. 4 S. 50; Endemann, Lehrb. § 109 Anm. 5 S. 627.

[29]) vgl. D L, 17, 1: Regula est, quae rem quae est, breviter enarrat. non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat.

der Schuldner ja auch frei werde, wenn der statuliber infolge des Eintritts der testamentarischen Bedingung schon vor der Erfüllung die Freiheit erwürbe, da die Obligation erlösche, — und nun kommt der umstrittene Satz —: „ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt." Die Obligation erlischt deshalb — das ist m. E. der Sinn, den Ulpian zum Ausdruck bringen wollte —, weil der nunmehr Freigewordene nicht mehr zurückgekauft werden kann — „lui" — und auch eine Haftung — „praestari" — für ihn nicht in Frage kommt. Selbst für Geld kann der Freigewordene nicht wieder in die Knechtschaft zurückgekauft werden. Der wahre Grund für das Nicht- oder Nichtfortbestehen der Obligation ist nicht das Fehlen des Vermögensinteresses, sondern die Unmöglichkeit. Nur diese Auslegung wird dem Sinn der Stelle gerecht und macht insbesondere den Nachsatz verständlich: „libertas autem pecunia lui non potest nec reparari potest."[30])

Daß die Römer auch den idealen Interessen den Rechtsschutz nicht versagt haben, wird zudem noch belegt durch folgende, jeden Zweifel ausschließende Stellen: Dig. XVIII, 7, 6 pr; XLIII, 24, 11, 1; IV, 4, 35 sowie schließlich Dig. XLVII, 12, 3, 8. Insbesondere ist die letzte Stelle lehrreich, die den Richter anweist, bei einer Schadensfeststellung wegen Grabfrevels sorgfältig zwischen der Ehrenkränkung — iniuria — und dem materiellen Schaden — damnum — zu unterscheiden. Auch mag Dig. XI, 7, 11 noch genannt werden, wo ausdrücklich die von dem Käufer eines Grabmals dem Verkäufer gegenüber eingegangene Verpflichtung, dort gewisse Leichen nicht zu bestatten, für gültig erklärt wird, sofern sie in Form der stipulatio, nicht eines nudum pactums eingegangen wird. Wer wollte diesem Gläubigerinteresse einen Vermögenswert zusprechen?

Ein Widerspruch zwischen jener mißverstandenen Stelle Dig XL, 7, 9, 2 und den übrigen Quellen, wie ihn die gemeinrechtliche Wissenschaft vielfach annahm, liegt also in Wahrheit nicht vor. So hat sich auch die Rechtsprechung schlechtweg über das Erfordernis des Vermögenswertes hinweggesetzt, indem sie z. B. — im Gegensatz zum römischen Recht — die Klagbarkeit des Verlöbnisses[31]) oder die

[30]) So auch im Ergebnis die Auslegung von Jhering, DogmJ. 18 S. 80 § 14,1 = Ges. Aufs. III S. 164 sowie Kohler, BürgA. 12 S. 84 f.

[31]) R. G. 39, 189; 40, 209.

Gültigkeit eines Vertrages über die Erziehung von Kindern in einer bestimmten Konfession[32]) anerkannt hat.

Im Preußischen Allgemeinen Landrecht — §§ 870, 872, I, 11 — galt der Grundsatz, daß zur Gültigkeit eines Leistungsversprechens die Vereinbarung einer Vergütung erforderlich war. Diese Vergütung brauchte allerdings keineswegs in Geld oder anderen vertretbaren Sachen zu bestehen.[33]) Dem Grundsatze wurde bereits dadurch Genüge getan, daß nach Auffassung der Parteien in irgendeiner Form eine Gegenleistung gewährt wurde. Ob diese objektiv einen Vermögenswert darstellte, war unerheblich, wie dies auch das Reichsgericht[34]) ausdrücklich für das gemeine Recht ausgesprochen hat.

Ebenso sieht das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch in § 861, wo es eine Begriffsbestimmung des Schuldverhältnisses gibt, von dem Erfordernis des Vermögenswertes ab.

Dagegen hat das sächsische Bürgerliche Gesetzbuch in § 662 bei der Begriffsbestimmung der Forderung verordnet, daß die Leistung, Handlung oder Unterlassung einen Vermögenswert in sich schließen müsse.

Denselben Standpunkt nehmen der Code Civil und das Badische Landrecht ein.[35])

b) Nach bürgerlichem Recht.

§ 3

Diese Zwiespältigkeit kennzeichnet den Stand der Frage nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches. Seither ist in der ganzen Folgezeit leider keine wesentliche Aenderung eingetreten. Denn da das Bürgerliche Gesetzbuch es vermieden hat, zu der Frage ausdrücklich Stellung zu nehmen, tobt der alte Streit in der Wissenschaft fort. Und wenn er nicht mehr mit altgewohnter Heftigkeit geführt wird, so ist dies wohl nur durch seine nicht allzu erhebliche praktische Bedeutung zu erklären.[36])

Im Schrifttum erblickt man fast ausnahmslos die für die Streitfrage maßgebliche gesetzliche Bestimmung in § 241 BGB.: „Kraft

[32]) Erwähnt bei Jhering, Ges. Aufs. III S. 127.
[33]) Koch, Allg. Landrecht Anm. 2 zu § 870, I, 11.
[34]) R. G. 12, 280.
[35]) Zachariä-Crone II. Bd. § 325 S. 433; Crome, Franz. Obligationenrecht § 2 S. 11 ff.
[36]) Planck, Vorbemerk. vor § 242 I, 3 S. 11.

des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen." In der Tat ist dies die einzige Bestimmung, aus der man für die Frage unter Umständen unmittelbare Schlüsse ziehen könnte. Unabhängig von den erzielten Ergebnissen erscheint jedoch jede sich auf § 241 BGB. stützende Beweisführung aus folgenden Gründen im höchsten Grade bedenklich.

Man geht im Schrifttum von der Voraussetzung aus, daß § 241 BGB. eine Begriffsbestimmung des Schuldverhältnisses darstelle; da § 241 aber nur allgemein von „einer" Leistung spreche, so könne — wie man fortfährt — jede Leistung Gegenstand eines Schuldverhältnisses sein. Diese Beweisführung krankt m. E. indes an ihrer Voraussetzung. § 241 BGB. besagt richtig verstanden nur, daß das Schuldverhältnis dem Gläubiger die Befugnis gewährt, vom Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Vorschrift betont also lediglich den wesentlichen Kern des Schuldverhältnisses, das Forderungsrecht. Der gedankliche Inhalt der Vorschrift ist bei weitem nicht so groß, wie man vielfach anzunehmen geneigt ist. Er besagt schlicht und einfach nur: Besteht ein Schuldverhältnis, dann hat der Gläubiger ein Forderungsrecht. Ueber die Entstehung selbst und ihre Voraussetzungen läßt sich dagegen § 241 BGB. nicht aus. Mit Recht weist Siber[37]) auf die teilweise fast wörtliche Uebereinstimmung zwischen § 241 BGB. und § 194 BGB. hin. Verwendet man die gesetzliche Begriffsbestimmung dieser letzten Vorschrift, so lautet § 241 BGB.: Kraft des Schuldverhältnisses hat der Gläubiger einen Anspruch. Damit dürften wohl die letzten Zweifel an der Richtigkeit der obigen Auslegung gegenstandslos geworden sein. Uebrigens müßten diejenigen, die in § 241 BGB. eine Begriffsbestimmung erblicken, bei Anwendung des § 194 BGB. folgerichtig zu einer Identifizierung von Schuldverhältnis und Anspruch gelangen; daß sich diese Begriffe aber nicht schlechthin decken, bedarf keiner Begründung. Auch Dernburg[38]) macht auf die Unmöglichkeit der Beweisführung aus dem Wortlaut des § 241 BGB. aufmerksam.

---

[37]) Siber, Rechtszwang § 13 S. 89.

[38]) Dernburg, Bürgerl. Recht § 84 Anm. 2 S. 203.

Wenn hiernach auch der Wortlaut des Gesetzes eine bestimmte Stellungnahme zu der Streitfrage vermissen läßt,[39]) so ist die Frage doch bei den Vorarbeiten nicht unerörtert geblieben. Aus den Motiven,[40]) den Protokollen der zweiten Kommission[41]) und der Denkschrift[42]) ergibt sich übereinstimmend als fast einhellige Ansicht, daß ein vermögensrechtliches Interesse nicht zum Wesen des Schuldverhältnisses gehöre. Die Motive[43]) entnehmen diesen „großen Grundsatz" dem § 206 des 1. Entwurfes, der lautete: „Gegenstand eines Schuldversprechens kann ein Tun oder ein Unterlassen sein", wobei sie der Annahme waren, daß jedes Tun oder Unterlassen Gegenstand des Schuldverhältnisses sein könnte. Die zweite Kommission verblieb bei dieser Auffassung, wenngleich sie die Fassung des § 206 — aber aus anderen Gründen — änderte. Allerdings verlangt sie noch ein „schutzwürdiges Interesse" des Gläubigers, ohne sich näher darüber auszusprechen, was darunter zu verstehen sei. Maßgebend für die Stellungnahme der zweiten Kommission war die Erwägung, daß das Schuldverhältnis bei einem hochkultivierten Volke nicht nur die Aufgabe habe, dem Gläubiger materielle Güter zu verschaffen, sondern es solle ihm auch ideelle Güter vermitteln, deren Bedeutung und Wertschätzung mit der Kultur steige.[44]) Gleichwohl hat es aber auch hier nicht an mancherlei Bedenken gefehlt, die besonders darin ihre Nahrung fanden, daß man mit dem Verzicht auf das Erfordernis des Vermögenswertes gleichzeitig die Schranke gegenüber den rechtlich unverbindlichen Verträgen fallen läßt.

Rücksichtlich dessen wird es verständlich, daß in der zweiten Lesung der Antrag gestellt wurde, als Abs. 2 hinzuzufügen:[45]) „Eine Leistung, welche keinen Vermögenswert hat, kann nicht Gegenstand eines Schuldverhältnisses sein, wenn es der Verkehrssitte widerstreiten würde, sie zu erzwingen." Der Antrag ist seinerzeit abgelehnt worden mit der Begründung, daß eine Abweichung von der Verkehrssitte noch keinen genügenden Grund bilde, den Rechtsschutz zu versagen; die

[39]) Bei der Begriffsbestimmung des Vermächtnisses in § 1939 hebt das Gesetz besonders den Vermögenswert hervor.
[40]) Mot. II, 3 = Mugdan II S. 2.
[41]) Prot. I, 280, 281 u. 620.
[42]) Denkschrift S. 40 = Mugdan II S. 1232.
[43]) Mot. II S. 225.
[44]) Prot. der II. Lesung I S. 281.
[45]) Prot. der II. Lesung a. a. O.

Vertragsfreiheit müsse gemäß ihrer Bestimmung, den Interessen der Einzelnen zu dienen, auch einen Vertrag von ungewöhnlichem Inhalt gestatten. Offenbar ist der Antragsteller von der zutreffenden Erwägung geleitet werden, daß bei den nunmehr anerkannten Schuldverträgen ohne Vermögenswert der Rechtszwang in vielen Fällen als unbillig empfunden wird, diese Fälle daher aus dem Kreise der Schuldverhältnisse wieder auszuscheiden sind. Daß der Antragsteller aber dabei auf die Verkehrssitte, und nicht auf das herrschende Volksbewußtsein abgestellt hat, war nicht nur verfehlt, sondern auch bedauerlich, da er dadurch den Gegnern eine Handhabe für eine begründete, notwendigerweise zur Ablehnung seines Antrages führenden Kritik gegeben hat. Die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuches verzichteten also nicht nur auf das Erfordernis des Vermögenswertes, sondern lehnten auch — abgesehen von dem unbestimmten schutzwürdigen Interesse — bewußt jede andere Einschränkung der Vertragsfreiheit ab.

Da einerseits — wie gezeigt — das Gesetz zu der Streitfrage völlig schweigt, andererseits dem Standpunkt der Materialien bekanntlich keineswegs eine bindende Bedeutung zukommt, ist die Entscheidung der Streitfrage auch im neuen Recht noch der Wissenschaft überlassen geblieben.

Die Ansichten sind hier noch vielgestaltiger als im gemeinen Recht. Von den Vertretern der vermögensrechtlichen Theorien verlangt Dernburg[46]) für die Gültigkeit des Schuldverhältnisses, daß die versprochene Leistung einen Geldwert hat oder daß sie wenigstens für Geld im Verkehr beschaffbar ist. Aehnlich ist nach der Ansicht von Endemann[47]) erforderlich, daß das versprochene Gut einen objektiven Verkehrswert besitzt, der sich in dem allgemeinen Wertmesser des Verkehrs, dem Gelde, ausdrücken läßt. Weiter geht Hellweg[48]) in seiner Forderung, daß die zugesagte Leistung objektiv, ihrer Natur nach, eine Beziehung auf das Vermögen besitzen muß. Ebenso ist es nach Schöninger[49]) unerläßlich, daß die Leistung einer objektiven Bewertung am Vermögensmaßstabe zugänglich ist.

---

[46]) Dernburg, Bürgerl. Recht II, 1 § 84 a. E. S. 204.
[47]) Endemann, Lehrbuch 1 § 109, 2 S. 627.
[48]) Hellwig in ZivA. 86, 223 f.
[49]) Schöninger, Leistungsgeschäfte § 3 S. 6.

Die heute herrschende, insbesondere von den namhaften Erläuterungsbüchern vertretene Ansicht unterwirft jedoch das Schuldverhältnis nicht der Beschränkung auf den Vermögenswert. Planck-Siber[50]) spricht sich für unbeschränkte Vertragsfreiheit aus und findet eine Grenze lediglich in § 138 BGB. Den gleichen Standpunkt teilt grundsätzlich auch Staudinger,[51]) allerdings mit der Einschränkung, daß er ein „schutzwürdiges Interesse des Gläubigers" verlangt. Während Wendt,[52]) Siber,[53]) und Leonhard,[54]) ebenso wie Planck, jegliche Beschränkung der Vertragsfreiheit ablehnen, befindet sich ein anderer Teil der Schriftsteller — so Windscheid-Kipp,[55]) v. Tuhr,[56]) Enneccerus[57]) und Schollmeyer[58]) — insofern mit Staudinger in Uebereinstimmung, als sie doch immerhin, wie dieser, ein „schutzwürdiges" oder ein „berechtigtes" Interesse des Gläubigers verlangen.

Schließlich bedarf noch eine dritte Hauptgruppe unter den Gegnern der vermögensrechtlichen Theorien der Erwähnung; diese Richtung hält für entscheidend den Lebenskreis, innerhalb dessen sich das Schuldverhältnis bewegt: es muß der Sphäre des „Geschäftsmäßigen" angehören; so Kohler,[59]) Crome,[60]) dem Sinne nach Rehbein[61]) und neuerdings auch Hedemann.[62])

2. Ablehnung der vermögensrechtlichen Theorien. § 4

Die kritische Beurteilung wird zeigen, daß sämtliche vermögensrechtlichen Theorien abzulehnen sind, und daß von den übrigen Ansichten auch nicht der einen oder anderen der Vorzug gegeben werden kann, sondern daß vielmehr eine erschöpfende Behandlung des

[50]) Planck, Vorbemerk. vor § 241, I, 3.
[51]) Staudinger, Vorbemerk. vor § 241, 8.
[52]) Wendt in ZivA. 92, 48 ff.
[53]) Siber, Rechtszwang § 13 II, 1 S. 94.
[54]) Leonhard, Allg. Teil § 47 I, 2 S. 153.
[55]) Windscheid Kipp, II § 250 Anm. 3 S. 5.
[56]) v. Tuhr, KritVS. 43 (7), 4. Heft S. 581 f.
[57]) Enneccerus § 225 II, 2 S. 4 f.
[58]) Schollmeyer, Vorbem. v. d. 1. Abschn., 4 S. 3.
[59]) Kohler in BürgA. 12, 18.
[60]) Crome II § 141 S. 19 f.
[61]) Rehbein, Bem. z. 1. Titel des II. Buches I, 2 S. 11 f.
[62]) Hedemann § 4 I S. 24.

Problems die Zusammenfassung verschiedener richtiger Grundgedanken erheischt. Denn gerade an Hand eines praktischen Falles wird sich immer wieder die Unzulänglichkeit dieser oder jener Theorie herausstellen. Anzustrebendes Ziel kann aber nur diejenige Lösung des Problems sein, die nicht nur möglichst vielen, sondern allen Fällen gerecht wird.

Gegenüber dem außerordentlich großen theoretischen Interesse, das die Streitfrage für sich beanspruchen kann, tritt ihre praktische Bedeutung aus doppeltem Grunde erheblich zurück. Einerseits sind nämlich die wirklich zweifelhaften Fälle im praktischen Leben nicht so zahlreich, wie man annehmen möchte — die Rechtsprechung hatte zu einer Stellungnahme fast gar keine Gelegenheit —, andererseits kommen sich die Vertreter der verschiedenen Theorien im Endergebnis insofern entgegen, als die Verfechter der vermögensrechtlichen Theorien in der Bestimmung des vermögensrechtlichen Interesses recht weit gehen, und die Gegner auch immerhin nicht auf jede Schranke verzichten.

Was zunächst die vermögensrechtlichen Theorien anbelangt, so ist bereits frühzeitig erkannt worden, daß das vermögensrechtliche Interesse nicht auf die Geschäfte beschränkt ist, die dem Gläubiger gerade einen Vermögenswert zuführen. Schon Jhering[63]) warf die Frage auf: Ist der Vertrag nicht gültig, durch den sich der Mieter die Mitbenutzung des Gartens ausbedingt, um darin spazierengehen zu können und seine Kinder spielen zu lassen? Scheinbar nicht, da das Interesse des Mieters kein vermögensrechtliches ist. Dies ist indessen — wie Jhering fortfährt — unrichtig, denn tatsächlich zahlt der Mieter durch Entrichtung des Mietzinses gleichzeitig für die Mitbenutzung des Gartens, und hierin liegt das vermögensrechtliche Interesse. So fand bereits Jhering, daß neben der Vermögensproduktion auch die Vermögenskonsumption schuldrechtliche Anerkennung finden müsse.

Dem stimmen heute auch Endemann[64]) und Hellwig[65]) zu. Beide Schriftsteller gehen so weit, daß sie sogar jenem bekannten und häufig zitierten Vertrage, durch den sich jemand von seinem Nachbar versprechen läßt, zu bestimmten Stunden nicht Klavier zu

[63]) Jhering, Ges. Aufs. 3. Bd. § 10 S. 128 = DogmJ. 18, 43.
[64]) Endemann, Lehrb. § 109, 3 S. 628.
[65]) Hellwig in ZivA. 86, 223 ff.

spielen, die Anerkennung nicht versagen.[66]) Endemann erblickt das vermögensrechtliche Interesse in der Steigerung des Nutzungs- und Genußwerts, Hellwig in dem höheren Mietwert der Wohnung.

Aber auch diese denkbar weite Auslegung kann nicht die Unvollkommenheit beheben, auf die folgendes Beispiel hindeutet: Jemand verspricht einer Dame für den ersten Tanz ein goldenes Armband. Da an der vermögensrechtlichen Natur des Versprechens nicht zu zweifeln ist, müßte man der Dame einen klagbaren Anspruch zuerkennen: ein Ergebnis, das schwerlich Billigung finden wird. Wenn häufig darauf hingewiesen wird, daß nur der Grundsatz des Vermögenswertes der Obligation eine klare, unzweideutige Abgrenzung gegenüber den geselligen und Freundschaftsversprechen und den übrigen rechtlich unverbindlichen Verträgen ermögliche,[67]) so dürfte gerade dieses Beispiel die Unrichtigkeit der Behauptung zeigen: nicht stets verdient der Mammon schuldrechtliche Anerkennung. So gibt denn auch Dernburg[68]) die Lückenhaftigkeit des Systems offen zu, wenn er ausführt, daß nicht jedes Versprechen von Vermögenswert rechtlich verbindlich ist.

Obgleich praktisch damit bereits die Unzulänglichkeit der vermögensrechtlichen Theorien erwiesen ist, mag doch noch kurz auf die wichtigsten theoretischen Gründe eingegangen werden, auf die man sich im Schrifttum beruft.

Geht man davon aus, daß die Aufzählung der Vertragstypen, wie sie der 7. Abschnitt des 2. Buches des Bürgerlichen Gesetzbuches unter der Ueberschrift: „Einzelne Schuldverhältnisse" gibt, nicht eine ausschließliche, sondern nur eine beispielsweise ist, so kann das Schweigen des Gesetzes nur bedeuten, daß es dem Parteiwillen unbenommen sein soll, beliebige andere Schuldverhältnisse, auch ohne vermögensrechtlichen Inhalt, zu begründen. Nicht kann mit Endemann[69]) aus dem Schweigen gefolgert werden, daß es bei der im gemeinen Recht vorherrschenden Anschauung verbleiben solle, die nach der Ansicht von Endemann die vermögensrechtliche gewesen sein soll. Ebensowenig kann aus § 253 BGB., der Bestimmung über den Ersatz nichtvermögensrechtlichen Schadens, etwas gefolgert werden; denn auch

[66]) Endemann a. a. O. Anm. 2 S. 626; Hellwig a. a. O.
[67]) Endemann, Lehrb. § 109 Abs. 1 S. 626; Schöninger § 3 S. 5.
[68]) Dernburg, Bürgerl. Recht § 84 a. E. S. 204.
[69]) Endemann, Lehrb. § 109 Anm. 5c S. 627.

der immaterielle Schaden wird in natura stets ersetzt, allerdings in Geld nur in den gesetzlich bestimmten Fällen. Beachtlicher erscheint auf den ersten Blick das Argument, das Endemann[70]) der Konkursordnung entnimmt. Er folgert: §§ 54, 69 KO. setzen voraus, daß jede Forderung in Reichswährung schätzbar und aufrechenbar ist. Mit der Anerkennung von Schuldverhältnissen ohne Vermögenswert würden nichtvermögensrechtliche Forderungsrechte entstehen, die mithin sämtlich konkursuntaugliche Ansprüche darstellten, eine Erscheinung, die sich mit der Einheitlichkeit unserer Rechtsordnung nicht vereinbaren ließe. Hiergegen ist indes einzuwenden, daß Ansprüche dieser Art nicht aus dem Vermögen des Schuldners zu erfüllen sind, daß der Gläubiger daher überhaupt nicht in die Reihe der Konkursgläubiger gehört, sondern unabhängig vom Konkurse vielmehr die Erfüllung seiner Forderung verlangen kann.[71])

Auch die wegen ihrer Eigenart bemerkenswerte Beweisführung von Schöninger[72]) vermag nicht zu überzeugen. Schöninger gliedert die Leistungsgeschäfte in die beiden großen Gruppen der entgeltlichen und unentgeltlichen Geschäfte; bei jenen sei die Gegenleistung offensichtlich, bei diesen sei sie zwar ideell denkbar, aber in concreto fehlend. Dieser Einteilung mißt Schöninger eine ausschließliche Bedeutung zu und folgert daraus, daß es Geschäfte über Leistungen, für die nach objektivem Maßstab ein Geldäquivalent nicht denkbar ist, nicht geben kann. Dabei übersieht aber Schöninger m. E., daß der Begriff der Entgeltlichkeit ein durchaus subjektiver ist, und daß daher aus dieser Unterscheidung Schlüsse auf einen objektiven Vermögenswert nicht gezogen werden können. Legt man diese subjektive Natur des Begriffs der Entgeltlichkeit zugrunde, so fällt die Schöningersche Beweisführung in sich zusammen. Denn Leistungen, für die nach subjektivem Maßstab ein Geldäquivalent nicht möglich ist, gibt es überhaupt nicht, da sich niemand eine Leistung versprechen läßt, ohne daß er nicht an ihrer Bewirkung ein gewisses Interesse hätte; je nach dem Grade dieses Interesses ist jeder Gläubiger auch bereit, für den Empfang der Leistung größere oder geringere Geldopfer zu bringen.

---

[70]) Endemann a. a. O. Anm. 5e S. 628.

[71]) Jaeger, Erläuterungsb. § 3 Anm. 9 S. 50; Konkursrecht, § 9, 2 S. 34

[72]) Schöninger § 3 S. 5 f.

Wenn schließlich überhaupt das Bedürfnis zu einer Erweiterung des Schuldrechtsbegriffs über den reinen Vermögenswert hinaus geleugnet wird,[73]) so scheint dies doch auf einer erheblichen Verkennung der Sachlage zu beruhen. Im Gegenteil drängt sich geradezu eine Fülle von Fällen auf, die eine solche Erweiterung dringend erheischen. Beispielsweise verspricht der Besitzer eines einen Dritten beleidigenden Briefes dem Verfasser dessen Herausgabe. Soll hier ebensowenig eine rechtliche Verbindlichkeit entstehen wie bei Verträgen über Herausgabe von objektiv wertlosen Sachen, Erinnerungszeichen mit bloßem Affektionsinteresse? Alles Verträge ohne Rechtswirksamkeit?! Das Sachenrecht scheut sich nicht, auch an wertlosen Sachen Eigentum anzuerkennen; weshalb sollte die Herausgabe dieser Dinge nicht auch zum Gegenstand eines Forderungsrechts gemacht werden können?[74])

Wenn nach § 343 BGB. bei der Herabsetzung der Vertragsstrafe auch das ideelle Interesse des Gläubigers in Betracht zu ziehen ist, so folgt daraus zunächst die Gültigkeit der Vertragsstrafe auch für den Fall, daß der Gläubiger an der Schuld kein vermögensrechtliches Interesse hat, sodann aber auch wegen der Akzessiorität der Vertragsstrafe folgt fernerhin daraus die Gültigkeit des nichtvermögensrechtlichen Schuldverhältnisses selbst.[75])

3. Bedeutung des „schutzwürdigen Interesses" und des „rechtlichen Verpflichtungswillens" für die Entstehung des Schuldverhältnisses. § 5

Zu den abgelehnten vermögensrechtlichen Theorien steht aus dem Kreise der Gegner in schärfstem Gegensatz die Ansicht von Planck.[76]) Nach Planck ist schlechthin jedes Leistungsversprechen gültig, ein Grundsatz von auffallender Klarheit und Einfachheit, den — wie Endemann[77]) betont — gerade deshalb keine Rechtsordnung aufstellen könnte. Nur die Absicht gerade rechtlicher Bindung

[73]) so z. B. Endemann § 109 Anm. 5 d B β 628.
[74]) vgl. die Beispiele bei Siber § 13 II, 1 S. 93.
[75]) vgl. Schollmeyer, Vorbem. 4 S. 3.
[76]) Planck, Vorbem. vor § 241 I, 3 S. 11.
[77]) Endemann § 109 Anm. 5 d α S. 628.

verlangt Planck. Dies stellt aber nicht etwa eine Beschränkung der Vertragsfreiheit, sondern vielmehr eine Voraussetzung dar, bei deren Fehlen — vom Planckschen Standpunkt aus — überhaupt eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung nicht vorliegt. In Angleichung an die Ergebnisse der Vermögensrechtler führt Planck zur Begründung aus, daß die Verträge ohne Vermögensinteresse regelmäßig nicht in der Absicht rechtlicher Bindung abgeschlossen würden; würde dies doch der Fall sein, so sei das Rechtsgeschäft deshalb wegen Sittenverstoßes nach § 138 BGB. nichtig, weil ein Verhalten versprochen sei, das nach Sittlichkeit und Anstand nur auf Grund eines freien Entschlusses beobachtet oder unterlassen werden könnte.

Es hat den Anschein, daß Planck damit die Schranken des Schuldverhältnisses sehr weit geöffnet hat, und daß sehr vieles hereinströmt, was besser von vornherein ferngehalten worden wäre. Daß es nämlich auf dem gewaltigen Betätigungsfelde des menschlichen Willens Gebiete gibt, die einer rechtlichen Beurteilung überhaupt nicht unterliegen können, Gebiete, die damit a priori dem Rechtsverkehr verschlossen sind, ist längst erworbenes und unbestrittenes Gut der Wissenschaft, mag die Abgrenzung selbst vielleicht auch nicht ganz unzweifelhaft sein. Verzichtet werden kann aber gleichwohl nicht auf diese Abgrenzung: denn die Grenze der Rechtsordnung bedeutet zugleich die Grenze des Schuldverhältnisses.

Ebensowenig kann die zweite, ausführlich von Staudinger[78]) begründete Ansicht befriedigen: Gültigkeitsvoraussetzung soll ein „allgemeines, schutzwürdiges Interesse" sein. Von diesem Erfordernis war schon in der II. Kommission die Rede, ohne daß man sich aber näher über Inhalt und Bedeutung desselben ausgelassen hätte.[79]) Schollmeyer[80]) will das schutzwürdige Interesse durch einen Rechtsähnlichkeitsschluß aus den §§ 157, 242 BGB. bestimmen. Staudinger versucht die Notwendigkeit mit dem Hinweis zu begründen, daß bei Wegfall dieses Interesses das Schuldverhältnis durch Zweckerreichung erlösche. Allerdings hat sich diese Lehre seit dem grundlegenden Werk von Klein[81]) allgemein durchgesetzt; ihre Richtigkeit

[78]) Staudinger, Vorbem. v. § 241 I, 8 a. E.
[79]) vgl. oben S. 9.
[80]) Schollmeyer, Vorbem. v. d. I. Abschn. 4 S. 3.
[81]) Klein, Untergang der Obligation durch Zweckerreichung.

kann nicht mehr angezweifelt werden und ergibt sich mit Notwendigkeit aus dem Wesen und Zweck des Forderungsrechtes. Denn niemals wird die Erfüllung als Selbstzweck geschuldet, sondern stets nur als Mittel zur Befriedigung eines Privatinteresses des Gläubigers.[82]) Weshalb soll aber dieses für das Bestehen des Schuldverhältnisses erforderliche Interesse gerade ein schutzwürdiges sein? Anhaltspunkte für die Berechtigung dieser Ansicht haben sich bisher nicht ergeben; ihre Gesetzwidrigkeit soll an Hand eines praktischen Falles nachzuweisen versucht werden.

Ein Fabrikant, der seine Fabrik aufgelöst hat und wegen Alters oder aus sonstigen Gründen niemals mehr eine neue errichten oder sich an einer solchen beteiligen wird, läßt sich von einem ehemaligen Werkmeister eine dreijährige Karenzzeit versprechen. Wäre eine Klage auf Erfüllung abzuweisen, und eventuell aus welchen Gründen? Gewiß entspringt dieser Vertrag einer Laune des Fabrikherren; ein schutzwürdiges Interesse ist zu verneinen. Sollte darum aber, wie Staudinger, Schollmeyer, Enneccerus u. A. m. annehmen, der Vertrag ungültig sein wegen Mangels des schutzwürdigen Interesses? Nein, das Gesetz bietet ohne dieses Hilfsmittel die Lösung: ein Erfüllungsverlangen kann nur den Zweck der Schädigung des Werkmeisters haben, die Ausübung des Forderungsrechts ist also nach § 226 BGB. ausgeschlossen.

Die Theorie vom schutzwürdigen Interesse wird also durch § 226 BGB. widerlegt. Das Gesetz geht eben von der Voraussetzung aus, daß auch schikanöse Rechte, insbesondere Forderungsrechte, die auf einer bloßen Laune des Gläubigers beruhen, zur Entstehung gelangen und auch fortbestehen; nur die Ausübung dieser Rechte verhindert das Gesetz.

Damit ist zugleich die Unhaltbarkeit des Standpunktes von Windscheid-Kipp[83]) erwiesen. Nach Windscheid-Kipp soll beim Fehlen eines objektiv, d. h. nach vernünftigem Ermessen, berechtigten Interesses, der Vertrag gegen § 138 BGB. verstoßen. Abgesehen von dieser ungerechtfertigt weiten Auslegung des § 138 BGB., die auch

---

[82]) Nur so ist erklärlich die Möglichkeit der Erfüllung durch einen Dritten sowie die befreiende Wirkung der Erfüllung beim unechten Gesamtschuldverhältnis.

[83]) Windscheid—Kipp § 251 II, 2 S. 11.

Wendt[84]) rügt, stellt sich die Ansicht ebenso in offenen Widerspruch zum Gesetz, das — wie ausgeführt — nicht § 138, sondern eben § 226 auf diese Fälle angewandt wissen will.

Wenn daher das Erfordernis der Schutzwürdigkeit des Interesses abzulehnen ist, so ist doch ein Schuldverhältnis ohne jenes Obligationsinteresse nicht denkbar. Dessen Bedeutung tritt aber zu Tage nicht in der Lehre von der Entstehung, sondern der des Erlöschens der Schuldverhältnisse. Denn dieses Interesse ist nichts weiter, als die Bedeutung, die der Gläubiger der Vertragserfüllung, seiner Befriedigung, beilegt; es wird daher regelmäßig da vorliegen, wo überhaupt jemand die Rolle des Gläubigers in einem Schuldverhältnis übernimmt. Mit der Rückführung des schutzwürdigen Interesses auf das reine Obligationsinteresse hat sich das Problem also grundlegend geändert und auf ein anderes Gebiet erstreckt, das mit den eigentlichen Fragen der Arbeit keine Berührung mehr hat.

Im übrigen stimmt Staudinger[85]) mit Planck überein, indem er ebenso wie dieser, als Kriterium des klagbaren Schuldversprechens den rechtlichen Verpflichtungswillen ansieht; d. i. „der Wille, dem Gläubiger einen erforderlichenfalls mit staatlicher Hilfe erzwingbaren Anspruch einzuräumen." Allerdings mißt Staudinger dieser Voraussetzung eine zu große Bedeutung bei; selbst die Zusage des ersten Tanzes soll ein Schuldverhältnis begründen können, wenn die Parteien den Willen rechtlicher Bindung haben. Hierin liegt eine Ueberschätzung der dem Parteiwillen eingeräumten Bedeutung, eine Uebertreibung der Privatautonomie, die deshalb zu mißbilligen ist, weil sie zu der Uferlosigkeit der Ansicht von Planck führt. Was wäre das für ein Urteil oder eine einstweilige Verfügung, durch die der Beklagten aufgegeben würde, auf dem X-Ball dem Kläger den ersten Tanz zu gewähren! Hier ist die gleiche Kritik wie bei der Ansicht von Planck am Platze: aus vernünftigen dogmatischen und praktischen Erwägungen darf man sich der Erkenntnis nicht verschließen, daß es Lebensgebiete gibt, die wegen ihrer Beschaffenheit der rechtlichen Behandlung spotten, weil sie für diese ungeeignet sind.

---

[84]) Wendt in ZivA. 92, 49 Anm. 31.
[85]) Staudinger, Vorbem. v. § 241 I, 8 S. 8 ff.

4. Die drei Lebenskreise, insbesondere die rechtsfreie Sphäre. § 6

Kohler[86]) gebührt das Verdienst, als erster mit der wünschenswerten Klarheit und Schärfe darauf hingewiesen zu haben, daß es Lebensgebiete gibt, die dem Rechte nicht unterworfen werden dürfen, weil sie nicht geschäftsmäßig sind und nicht geschäftsmäßig sein sollen. Während Kohler diese Tatsache sowohl aus der Natur des Rechts als aus der Beschaffenheit jener Lebensgebiete mit zwingender Notwendigkeit folgert, mißt Hedemann[87]) der subjektiven Absicht der Parteien eine zu große Bedeutung bei. Seiner Ansicht nach unterliegen Freundschaft, Liebe, Kollegialität, geselliger Verkehr usw. nur deshalb nicht den Rechtsregeln, „weil sie nach der subjektiven Meinung der Beteiligten außerhalb der Geschäftlichkeit des Schuldrechts bleiben sollen." Dieser Begründung kann nicht beigetreten werden.

Das Recht ist nicht zur Herrschaft über das gesamte Leben der Menschen berufen. Von einer Reihe von Lebensgebieten hat die Rechtsordnung zurückzuweichen und sie von jedem Rechtszwang zu verschonen. Denn, wo die Rechtsordnung zur Verwirklichung verletzter Privatrechte eingreift, beschränkt sie sich nicht darauf, auszusprechen, was im Einzelfall Rechtens ist, indem sie etwa die Leistungspflicht des böswilligen Schuldners feststellt, sondern darüber hinaus dient sie der Rechtsverwirklichung, indem sie auf den Leistungsbefehl an den Schuldner die Vollstreckung folgen läßt. Beide Funktionen, die Rechtsprechung und die Vollstreckung, gehen Hand in Hand. Der mit der Vollstreckung verbundene Rechtszwang ist indessen für gewisse Lebensgebiete durchaus ungeeignet. So darf das heitere, zwangslose gesellschaftliche Leben nicht durch starre Rechtsregeln seine Ungebundenheit verlieren. Von Natur aus widerspricht der religiösen Freiheit ein rechtlicher Zwang.[88]) Ebensowenig können die höchstpersönlichen Beziehungen von Mensch zu Mensch, wie Liebe, Freundschaft, Berufsverbundenheit, usw., der Rechtsordnung unterstellt werden. Auf diesen Gebieten wünscht der Einzelne frei zu sein von dem Drucke zwingender Rechtsregeln, um in der Muße und Freizeit

[86]) Kohler in BürgA. 12, 17 ff.
[87]) Hedemann, § 4 I, 3 S. 25.
[88]) vgl. auch § 1588 BGB.

seines Lebens nicht an das Einerlei des grauen Alltags erinnert zu werden. Wie sich Kohler[89]) ausdrückt: „Die Rechtsordnung darf ihre Arme nicht in die Sphäre des behaglichen Lebens ausstrecken."

Auf diesen Gebieten ist der Rechtszwang nicht nur entbehrlich, sondern er wäre außerdem auch zwecklos. Der Einzelne kommt hier erwartungsgemäß seinen Obliegenheiten regelmäßig freiwillig nach. Geschieht dies nicht, so könnte auf diesen Lebensgebieten das freiwillige Bereitsein des Einzelnen zur Leistung durch rechtlichen Zwang nicht mit Erfolg ersetzt werden. Denn der Strom lebendiger Nächsten- und Freundesliebe, selbstloser Opferbereitschaft oder religiöser Begeisterung gefriert unter der Einwirkung der Kälte des Rechts zu selbstsüchtiger Selbstzufriedenheit und Selbstgerechtigkeit. Zudem stehen der verletzten menschlichen Gesellschaft, Religionsgemeinschaft oder dem einzelnen Menschen alleine genügende Mittel zur Verfügung, um zu Gegenmaßnahmen greifen zu können.

Die rechtsfreie Sphäre, wie diese Gebiete zusammenfassend bezeichnet werden sollen, wird also dadurch gekennzeichnet, daß bei ihr jede Herrschaftsgewalt der Rechtsordnung aufhört. Der Privatautonomie sind hier Grenzen gesteckt, und die Parteien können — entgegen der Ansicht von Staudinger — selbst dann kein Schuldverhältnis begründen, wenn sie den Willen rechtlicher Verpflichtung zu erkennen geben.

Damit ist die bei Planck so sehr vermißte Abgrenzung des rechtlichen von den übrigen Lebensgebieten gefunden. Im System des bürgerlichen Rechts wäre diese Abgrenzung bereits im Allgemeinen Teil, vielleicht bei der Lehre vom Rechtsgeschäft, nicht erst bei der Lehre von der Entstehung des Schuldverhältnisses, vorzunehmen.

Neben der rechtsfreien und der rechtlichen Sphäre stellt sich indessen das Bedürfnis zur Anerkennung noch eines dritten Lebenskreises heraus. Denn es läßt sich nicht sagen, daß außerhalb der rechtsfreien Sphäre schlechthin sämtliche Lebensverhältnisse der rechtlichen Beurteilung unterliegen müßten. Es gibt mannigfache Geschäfte des täglichen Lebens, die, wenn sie auch häufig rechtlicher Natur sind, doch im Einzelfall bloße Gefälligkeitshandlungen sein können, bei denen es weder im Sinne des Berechtigten noch des Verpflichteten liegt, etwa entstehende Streitigkeiten jemals dem Richter

[89]) Kohler in BürgA. 12, 19.

zur Entscheidung zu unterbreiten; z. B. verspricht jemand zwanglos gelegentlich einer zufälligen Zusammenkunft seinem Nachbar, im nächsten Jahre einen Baum, der dessen Garten beschattet, abzuschlagen; oder jemand erlaubt im Laufe einer zufälligen Unterhaltung dem Besitzer eines zugangslosen Grundstückes das Betreten des eigenen Grundstücks. Sollten alle diese ohne lange Ueberlegung gegebenen Versprechen ohne weiteres im Klagewege erzwingbar sein? Wollte man dies bejahen, so würde in Zukunft wohl mancher seinem Nächsten gegenüber mit kleinen Gefälligkeiten sparsamer umgehen.

In diesen Fällen kommt es in der Tat darauf an, im einzelnen zunächst zu prüfen, ob der Schuldner den Willen hatte, sich rechtsgeschäftlich zu verpflichten, und der Gläubiger einen mit staatlicher Hilfe vollstreckbaren Anspruch erwerben wollte. Hier die Grenze zu finden, kann im einzelnen Fall schwierig sein. Immerhin dürfte das Fehlen der Absicht, sich rechtlich zu binden, nur in den selteneren Fällen anzunehmen sein; denn es wäre unzweckmäßig, jetzt, wo durch Ablehnung der vermögensrechtlichen Theorien dem böswilligen Schuldner gerade die Möglichkeit entzogen ist, einem Anspruch durch den Einwand des mangelnden Vermögensinteresses zu begegnen, ihm nunmehr die Einrede des fehlenden rechtlichen Verpflichtungswillens zu geben.

II. HAUPTTEIL.

Das Verbot sittenwidriger Rechtsgeschäfte nach § 138 BGB.

§ 7 1. Gesetzliche Beschränkungen der Privatautonomie.

Durch die bisherigen Ausführungen dürften — vorläufig — die durch den Herrschaftsbereich der Rechtsordnung bedingten allgemeinen Grenzen der Privatautonomie festgelegt und der Kreis, innerhalb dessen sich die Einzelpersönlichkeit nach Belieben rechtsschöpferisch betätigen kann, umschrieben sein. Es hat sich gezeigt, daß die Verpflichtungsfähigkeit nicht von gewissen, im Gesetz unausgesprochen gebliebenen Voraussetzungen abhängig gemacht werden kann, sondern daß entscheidend ist, welchem Gebiete — der absolut oder relativ rechtsfreien oder rechtlichen Sphäre — das rechtlich zu regelnde Lebensverhältnis angehört. Ob bei dieser Abgrenzung stehen zu bleiben, oder ob der Kreis der rechtsfreien Sphäre darüber hinaus noch zu erweitern ist, — diese Frage zu beantworten, soll das eigentliche Ergebnis der Arbeit bilden. In diesem Zusammenhang mag zunächst auf einzelne wesentliche gesetzliche Beschränkungen der Privatautonomie hingewiesen werden, um alsdann ausführlich auf die wichtigste unter ihnen, § 138 BGB., eingehen zu können.

Daß die Rechtsordnung trotz der grundsätzlichen Anerkennung der Vertragsfreiheit auch innerhalb ihres Herrschaftsbereichs dem Rechtssubjekt bei der Gestaltung seiner Rechtsverhältnisse nicht vollkommen freie Hand lassen kann, ergibt sich sowohl aus ihrer Funktion als Trägerin der Kultur und Hüterin der öffentlichen Ordnung, als auch aus logischen und rein rechtlichen Gründen.

Ein Verhalten, das unter die Strafgesetze fällt, wie etwa die Hehlerei nach § 259 StGB. oder die Geheimbündelei nach § 128

StGB., kann unmöglich zivilrechtliche Anerkennung finden. Es ist ein Gebot der Logik, daß jedes gegen ein gesetzliches Verbot verstoßende Rechtsgeschäft der Nichtigkeit verfällt. § 134 BGB. Gleichfalls ist nichtig der auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichtete Vertrag. § 306 BGB. Ist eine Forderung gemäß § 850 ZPO. unpfändbar und damit dem Zugriff der Gläubiger entzogen, um dem Schuldner die notwendigsten Mittel zu seinem Lebensunterhalt zu belassen, so wäre es widersinnig, wenn der Schuldner gleichwohl diese Forderung abtreten könnte. § 400 BGB. Ebenso würde es Sinn und Zweck der Anspruchsverjährung widersprechen, wenn vertraglich die gesetzlichen Verjährungsfristen verlängert oder gar ausgeschlossen werden könnten. § 225 BGB. Denn ihre Bedeutung besteht einerseits darin, „der Behelligung des Schuldners mit veralteten Ansprüchen ein Ziel zu setzen,“[90]) andererseits in Wahrung der Belange der Allgemeinheit, zur Schaffung klarer Rechtsverhältnisse beizutragen. Rechtliche Gründe verbieten bei Unwirksamkeit der Hauptverpflichtung die Möglichkeit der gültigen Vereinbarung einer Vertragsstrafe. § 344 BGB. Ebensowenig kann der Uebernehmer eines Vermögens mit dem Veräußerer die Haftung für dessen Schulden beschränken oder ausschließen. § 419 Abs. 3 BGB. Unwirksam ist auch der im Voraus vereinbarte Erlaß der Haftung des Schuldners wegen Vorsatzes. § 276 Abs. 2 BGB. Soziale Erwägungen waren für die Bestimmung maßgebend, wonach nichtig ist eine im Voraus getroffene Aufhebung oder Beschränkung der dem Dienstberechtigten nach §§ 617, 618 BGB. zum Schutz von Leben, Gesundheit und Sittlichkeit seines Dienstverpflichteten obliegenden Pflichten. § 619 BGB. Aus sittlichen Rücksichten sind Verträge über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten nichtig, und zwar, im Gegensatz zum gemeinen Recht, auch dann, wenn der Dritte seine Zustimmung gibt. § 312 BGB.

Verschiedene andere zwingende Gesetzesbestimmungen dienen übereinstimmend dem Zweck, die wirtschaftliche Selbständigkeit des Einzelnen zu schützen. Ungültig ist ein Vertrag, durch den jemand sein künftiges Vermögen oder einen Bruchteil desselben überträgt oder mit einem Nießbrauch belastet. § 310 BGB.; andernfalls würde der Schuldner damit praktisch seine Erwerbsfähigkeit aufgeben und jeden Trieb zum wirtschaftlichen Fortkommen verlieren. Auch das Kündigungsrecht des

[90]) Mot. S. 291 = Mugdan I S. 512.

Gesellschafters bei einer Gesellschaft auf unbestimmte oder Lebenszeit sowie das Recht auf Auflösung einer ebensolchen offenen Handelsgesellschaft kann vertraglich weder ausgeschlossen noch beschränkt werden. § 723 BGB., § 133 HGB. Gleichfalls ist es dem Parteiwillen verwehrt, die Bedingungen, unter denen nach §§ 74 ff. HGB. ein Wettbewerbverbot für Handlungsgehilfen Gültigkeit hat, zuungunsten des Handlungsgehilfen abzuändern. § 75 d HGB.. Ungültig ist ferner die im Voraus getroffene Zinseszinsvereinbarung. § 248 BGB. In diesen Zusammenhang gehörte endlich auch die infolge der Geldverhältnisse durch Gesetz vom 3. März 1923 außer Kraft gesetzte Vorschrift des § 247 BGB., wonach das Recht, ein mit mehr als 6 % verzinsliches Kapital nach Ablauf von 6 Monaten zu kündigen, nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden kann.

Die Aufzählung dieser gesetzlichen Beschränkungen der Privatautonomie soll nur eine beispielsweise sein; sie ließe sich noch beliebig vervollständigen. Die ihrer Tragweite nach weitaus wichtigste Schranke der Privatautonomie, die auch am meisten Wissenschaft und Rechtsprechung beschäftigt hat, ist aber § 138 Abs. 1 BGB.[91])

„Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig."

§ 8 2. Die Vorgeschichte des § 138 BGB.

Den Verfassern des bürgerlichen Gesetzbuches standen für den § 138 zahlreiche gesetzliche Vorbilder zur Verfügung, die sich größtenteils auf das römische Recht als gemeinsame Wurzel zurückführen lassen.

Schon in Rom war ein Rechtsgeschäft wegen turpitudo oder Verstoßes contra bonos mores „„nullius momenti". Zunächst tritt dieser Grundsatz in den römischen Rechtsquellen nur bei der Behandlung verschiedener Einzelfälle zu Tage, so in Dig. XVII, 1, 6, 3 und in Dig. XVII, 1, 22, 6 bei dem mandatum, in Dig. XXVIII, 7, 14 bei der condicio, in Dig. XXX, 112, 3 bei dem testamentum und in Dig. XLV, 1, 26 bei der stipulatio. Erst gegen Ende der römischen Rechtsentwicklung gelang es den Kaisern Diocletian und Maximilian

[91]) Im Folgenden kurz „§ 138 BGB." genannt.

in einem Reskript aus dem Jahre 295 die fast wörtlich mit dem § 138 BGB. übereinstimmende Rechtsregel aufzustellen:

„omnia, quae contra bonos mores vel in pacto vel in stipulatione deducuntur, nullius momenti sunt."

Um diese Zeit waren die Begriffe „boni mores" und „contra bonos mores" zu feststehenden Bezeichnungen der Rechtssprache für das Sittliche und Unsittliche geworden.

Der machtvolle Einfluß dieses römischen Grundsatzes ist in den Kodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts mit einer einzigen Ausnahme unverkennbar. Allein das Preußische Allgemeine Landrecht nämlich bedient sich bei der Formulierung des gleichen Grundsatzes einer vom römischen Recht abweichenden Ausdrucksweise deutschen Ursprungs. Es bestimmt in § 7 in Verbindung mit § 6, I, 4:

„Zu Handlungen, welche die Ehrbarkeit beleidigen, kann niemand berechtigt oder verpflichtet werden."

Im Gegensatz zu dieser alleinstehenden Ausdrucksweise hat sich der Code Civil an das römische Recht — im entscheidenden Punkte sogar wörtlich — angeschlossen, ohne indessen im übrigen nicht unerheblich über dieses Vorbild hinausgehen. art. 1131 und 1133 lauten:

„L'obligation .... sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet."

„La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public."

Wesentlich und bemerkenswert ist an dieser Fassung weniger, daß als Nichtigkeitsgrund auch der Gesetzesverstoß erwähnt wird, sondern daß hier neben den „bonnes moeurs" selbständig der Begriff des „ordre public" auftaucht, der übrigens auch dem anglo-amerikanischen Rechte als „public policy" nicht unbekannt ist.

Die späteren gesetzgeberischen Arbeiten auf reichsdeutschem Gebiete haben sich fast sämtlich mehr oder weniger eng an den Code Civil angelehnt. So lautet der Satz 1133 des Badischen Landrechts in wortgetreuer Uebersetzung des gleichen Artikels des Code Civil:

„Jene Ursache ist unerlaubt, welche von den Gesetzen verboten, der Sittlichkeit entgegen oder der Staatsordnung zuwider ist."

Aehnlich in der Satzstellung, aber ganz anders in der Uebersetzung der entscheidenden Begriffe „bonnes moeurs" und „ordre public" ver-

fährt der Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Großherzogtum Hessen. Band I, Art. 84 lautet:

„Verträge, welche auf einem unerlaubten Verpflichtungsgrunde beruhen, sind ungültig. — Der Verpflichtungsgrund ist ein unerlaubter, wenn er vom Gesetz verboten, oder wenn er den guten Sitten oder der öffentlichen Ordnung zuwider ist."

Schlichter und der Ausdrucksweise unseres Gesetzbuches näherkommend, drückt sich der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für Bayern in Teil I, Art. 80 Abs. 2 aus:

„Nichtig sind diejenigen Geschäfte, welche gegen ein gesetzliches Verbot, gegen die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung abgeschlossen sind."

Auf den Nichtigkeitsgrund des Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung haben verzichtet das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch und der Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über Schuldverhältnisse, der sog. Dresdner Entwurf.

§§ 90, 793 des BGB. für das Königreich Sachsen:

„Rechtsgeschäfte — bezw. Verträge — sind nichtig, wenn sie dem Gesetze oder den guten Sitten widerstreitende Handlungen zum Gegenstande haben."

Dresdner Entwurf, Art. 3:

„Die Leistung kann in einem Tun oder Unterlassung (Handlung) bestehn; sie muß möglich sein und darf nicht den Gesetzen oder den guten Sitten widerstreiten."

Art. 110:

„Ein Vertrag, welcher von einer Bedingung abhängig gemacht ist, durch welche eine den Gesetzen oder den guten Sitten widerstreitende Handlung befördert wird, ist nichtig."

Art. 111:

„Hat sich jemand für den Fall, daß er eine den Gesetzen oder den guten Sitten widerstreitende Handlung unterlasse, einen Vorteil versprechen lassen, so ist der Vertrag nichtig."

Welchen Standpunkt nimmt der 1. Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches ein? § 106 lautet:

„Ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstößt, ist nichtig."

Neu an dieser Fassung ist eigentlich nur, daß auf den Inhalt des Rechtsgeschäfts und nicht auf den Verpflichtungsgrund oder die versprochene Leistung abgestellt wird. Die Motive[92]) begründen das damit, daß die bisher übliche Fassung zu eng sei und Nichtigkeit stets dann einzutreten habe, „wenn der Inhalt eines Rechtsgeschäfts unmittelbar, in objektiver Hinsicht und unter Ausscheidung der subjektiven Seite, die guten Sitten verletze."

Im übrigen stimmt § 106 d. I. E. mit dem hessischen, sächsischen und Dresdner Entwurf insofern überein, als er nicht, wie das Badische Landrecht und der bayerische Entwurf einen Verstoß gegen die „Sittlichkeit", sondern einen solchen gegen die „guten Sitten" verlangt.

Für diesen entscheidenden gesetzgeberischen Schritt lassen die Motive jede nähere Begründung vermissen, die umsomehr erwünscht gewesen wäre, als diese Fassung späterhin Gesetz geworden ist. Man wird nicht fehlgehen, in den „guten Sitten" eine — nicht gerade glückliche — Verdeutschung des römischen Begriffs „boni mores" zu erblicken.[93]) Eine sinngemäße Uebersetzung muß aus folgenden Gründen Schwierigkeiten bereiten.

Während den Griechen für Recht, Sitte und Sittlichkeit nur als Sammelbegriff das Wort „δίκη" in der Bedeutung: gesamte Lebensordnung, zur Verfügung stand, hat sich in der verfeinerten römischen Sprache zwar für Recht das besondere Wort „jus" herausgebildet; dagegen lebten Sitte und Sittlichkeit im Sinne des der Sitte gemäßen Verhaltens gemeinsam und unterschiedslos in dem Worte „mores" fort.[94]) Im Gegensatz hierzu hat die neuhochdeutsche Sprache auch für diese beiden Begriffe besondere Worte geprägt, die zwar auf dieselbe Sprachwurzel zurückgehen, aber für das heutige Sprachgefühl eine völlig unterschiedliche Bedeutung haben. Nicht aber kennt sie einen Sammelbegriff, der allein eine fehlerfreie Verdeutschung ermöglicht hätte.

Endlich bedarf noch der besonderen Hervorhebung, daß der 1. Entwurf auch den Verstoß gegen die „öffentliche Ordnung" als selbständigen Nichtigkeitsgrund neben dem Sittenverstoß anerkannt hat. Die Motive[95]) bemerken dazu, daß ein Vertrag nicht nur gegen die

[92]) Mot. S. 211 = Mugdan I S. 469.
[93]) Jacobi in DogI. 41, 95; Gierke in „Logos" Bd. VI S. 215.
[94]) Jacobi, Sittliche Pflicht S. 168.
[95]) Mot. a. a. O.

moralischen, sondern auch gegen die allgemeinen Interessen des Staates verstoßen könne, ohne daß das letztere durch das erstere bedingt sein müsse, wie die sich mit dem Grundsatz der Gewerbefreiheit in Widerspruch setzenden Verträge zeigen würden. Auch hier lehnt sich § 106 d. I. E. wieder stark an fremdes Vorbild an. Wie gezeigt, bewirkt nach art. 1131 und 1133 C. c. das Zuwiderlaufen gegen den „ordre public" die Unwirksamkeit des Vertrages. Hier ist zum zweiten Male die Beobachtung zu machen, daß ein fremder Rechtsbegriff durch eine zwar wörtliche, aber sinnentstellende Uebersetzung Aufnahme gefunden hat. Denn mit der öffentlichen Ordnung hat der französische Begriff nichts gemein, wie sich am klarsten aus seiner bei Laurent[96]) mitgeteilten Entstehungsgeschichte ergibt:

> „Le projet portrait: „lois qui intéressent le public". Boulay proposa la rédaction actuelle, „ordre public"; elle fut adoptée sans discussion. . . . . Le Code civil entend donc par ordre public ce que les jurisconsultes romains qualifiaient „le droit public", et ils comprenaient par là „l'ntérêt public", dans sa plus large acception. . . . . ."

Hiernach hat die Bedeutung des „ordre public" wohl besser als die Verfasser des 1. Entwurfes Zachariä[97]) erfaßt, wenn er den Begriff durch „öffentliches Interesse" übersetzt hat.

In der zweiten Kommission ist die „öffentliche Ordnung" gestrichen worden. Wie die Protokolle[98]) berichten, war man nämlich hier der Auffassung, daß dem Begriffe eine sichere Umgrenzung fehle und die gegen die öffentliche Ordnung verstoßenden Rechtsgeschäfte zumeist auch als gegen die Rechts- oder Sittlichkeitsordnung gerichtete Rechtsgeschäfte anzusehen sein würden. Wenn auch dem ersten Bedenken sicherlich eine gewisse Berechtigung nicht abgesprochen werden kann, so ist doch der zweite Grund keineswegs überzeugend. Es verdient hier hervorgehoben zu werden, daß die Verfasser des Code Civil gerade umgekehrt den Begriff des „ordre public" gegenüber den „bonnes moeurs" für den umfassenderen gehalten haben, wie gleichfalls wieder aus der Darstellung von Laurent[99]) erhellt:

---

[96]) Laurent, Principes de droit civil I Nr. 49 S. 84 f.
[97]) Zachariä-Crome I § 127 II S. 357.
[98]) Mugdan S. 725.
[99]) Laurent a. a. O. Nr. 54 S. 88.

Dans son discours au Corps législatif, le tribun Faure dit que les „bonnes moeurs" sont une dépendance de „l'ordre public". Il eût donc suffi de parler des lois qui intéressent „l'ordre public"; si l'on y a ajouté les „bonnes moeurs", c'est pour donner à la rédaction toute la clarté possible. Tout ce qui concerne les bonnes moers intéresse l'ordre public; mais tout ce qui intéresse l'ordre public ne concerne pas les bonnes moeurs."

Offensichtlich liegt ein auffallender Widerspruch zwischen den Ansichten der beiden gesetzgebenden Faktoren über die gleiche Frage vor, der allenfalls durch die irreführende Verdeutschung des Begriffes erklärlich wird.

Dagegen verdient uneingeschränkte Zustimmung, daß man in der zweiten Kommission den Boden der objektiven Beurteilung des sittenwidrigen Geschäfts verlassen und den § 106 — den nunmehrigen § 103 d. II. E. — dahin abgeändert hat:

„Ein Rechtsgeschäft, welches gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig."

Man hatte nämlich erwogen, daß es im Einzelfalle unerläßlich sei, die verwerfliche Gesinnung der Beteiligten nicht außer Acht zu lassen, weil erst durch die Hinzunahme dieses subjektiven Momentes der Inhalt des Rechtsgeschäfts in das rechte Licht gesetzt werde.

Abgelehnt wurde indessen ein Antrag, an Stelle der Worte „gegen die guten Sitten" die Worte „gegen die Sittlichkeit" treten zu lassen; denn die Beibehaltung des Ausdrucks „gegen die guten Sitten" sichere der Vorschrift einen umfassenderen Geltungsbereich und enthalte den richtigen objektiven Maßstab für die Handhabung des Gesetzes. Mit Recht bemerkt Jacobi, [100]) daß „diese Motivierung an Deutlichkeit viel zu wünschen übrig läßt." Bei dieser Gelegenheit wäre es geboten gewesen, auf den grundlegenden sachlichen Unterschied des abgelehnten Antrags einzugehen und die Fassung des späterhin Gesetz gewordenen Entwurfs ausgiebig zu rechtfertigen. Statt dessen ist man an der Oberfläche geblieben und hat sich mit wenigen wohlklingenden, aber unverbindlichen Worten begnügt. Nicht zuletzt deshalb entbrannte im Schrifttum jener gewaltige Streit über das Verhältnis der „guten Sitten" zur „Sittlichkeit", das auch heute noch nicht restlos geklärt ist.

[100]) Jacobi in DogmJ. 41 S. 106.

In der XII. Kommission[101]) wurde späterhin der Antrag gestellt, in den § 130 der Bundesratsvorlage, der ein gegen ein gesetzliches Verbot verstoßendes Rechtsgeschäft für nichtig erklärt, neben dem Verstoß gegen die guten Sitten auch den gegen die öffentliche Ordnung aufzunehmen. Der Antragsteller führte als Anwendungsgebiete Verstöße gegen gewisse allgemeine wichtige Rechtsgrundsätze an, wie z. B. die persönliche Freiheit, die Koalitions-, Gewerbe- oder Gewissensfreiheit sowie die Freiheit bei Ausübung des Wahlrechts. Aus der Erwägung, daß die Freiheitsbeschränkungen „zweifellos" gegen die guten Sitten verstoßen, wurde der Antrag mit großer Mehrheit abgelehnt. Ebensowenig Erfolg hatte ein von der sozialdemokratischen Partei im Reichstag in der zweiten Beratung gestellter Antrag gleichen Inhalts,[102]) der hier weder mit neuen Gedanken gestützt noch bekämpft wurde. Soweit die Entstehungsgeschichte des § 138 BGB.

§ 9

3. Stand von Rechtslehre und Rechtsprechung zu § 138 BGB.

Ludwig Knapp[103]) hat in seinem System der Rechtsphilosophie den Satz geprägt: „Wenn das Gesetz die Handlungen, welche den guten Sitten widersprechen, von den Vertragsgegenständen ausschließt, so beruft es sich mit diesen einfachen Worten auf ein Regelsystem, das verwickelter ist, als das ganze Gesetzbuch." Mag dieser Satz auch nicht frei sein von einer gewissen Uebertreibung, so bürgt doch für seinen richtigen Kern der Umstand, daß auch heute noch über den Begriff der guten Sitten, also mehr als ein Vierteljahrhundert nach seiner Aufnahme in das Bürgerliche Gesetzbuch, keineswegs auch nur annähernde Klarheit herrscht.

Soweit ersichtlich, haben sich annähernd ein halbes Hundert Schriftsteller teils in Erläuterungs- und Lehrbüchern, teils in Einzelabhandlungen mit den „guten Sitten" als Rechtsbegriff befaßt, ganz zu schweigen von dem philosophischen Schrifttum. Hinzukommt noch

[101]) Kommissionsbericht S. 45 = Mugdan I S. 969.

[102]) Stenogr. Ber. d. Reichstagssitz. v. 20. 6. 1896 S. 2757—2770 = Mugdan I S. 1003—1023.

[103]) Knapp, Rechtsphilosophie S. 227.

die selbständige und eigenartige Ansicht des Reichsgerichts, die sich nicht eingliedern läßt.[104])

Wenn von Abweichungen im Einzelnen abgesehen wird, lassen sich sämtliche im Schrifttum vertretenen Ansichten auf drei große Gruppen zurückführen.

Die erste Gruppe, welche die meisten Anhänger gefunden hat, setzt „die guten Sitten" mit „Sittlichkeit", „Moral" gleich, und zwar durchweg nicht im Sinne eines theoretischen Sittlichkeitskodex, sondern im Sinne der tatsächlich herrschenden moralischen Durchschnitts- oder Gesamtanschauungen, der anerkannten und geübten Moral. Hierzu bekennen sich Enneccerus, [105]) Lotmar, [106]) Planck[107]) v. Tuhr, [108]) Oertmann, [109]) Kohler, [110]) Jacobi, [111]) Hachenburg, [112]) Goldmann-Lilienthal [113]) Schierlinger, [114]) Vogel, [115] und Weyl. [116]) Auch das Plancksche Erläuterungsbuch[117]) ist dieser Gruppe zuzuzählen. Wenn es hier heißt, daß „nicht ein Verstoß gegen die Sittlichkeit, sondern gegen die guten Sitten erfordert wird", so soll damit nur auf das jeweilige Volksbewußtsein hingedeutet werden; „was nach dem jeweiligen Volksbewußtsein als durch die Sittlichkeit erfordert angesehen wird, sind die guten Sitten", wie das Erläuterungsbuch fortfährt. Gleichfalls zählen zu dieser Gruppe v. Liszt[118]) und Zitelmann, [119]) wenn sie auch nicht die Durchschnitts- oder Gesamtauffassung über

---

[104]) Vgl. zum Folgenden Herzog, Zum Begriff der guten Sitten. In Leonhards Studien Heft 33 S, 2 ff.; Gierke in „Logos" Bd. VI. S. 211 ff.

[105]) Enneccerus I, 1 § 178 I S. 484.

[106]) Lotmar, Unmoralischer Vertrag S. 95.

[107]) Planck in DJZ. 1907 S. 8.

[108]) v. Tuhr II, 2 § 70 I S. 22 unten.

[109]) Oertmann § 138 Anm. B 1 a S. 485.

[110]) Kohler in BürgerlA. 12, 325 ff.

[111]) Jacobi in DogmJ. 41 S. 68 ff., bes. S. 104; Sittl. Pflicht im BGB. S. 169.

[112]) Hachenburg, Vortrag: Berücksichtigung des Sittengesetzes S. 25 ff.

[113]) Goldmann—Lilienthal I S. 178.

[114]) Schierlinger in Zeitschr. f. Rechtspfl. 1906 Nr. 24, 661.

[115]) Vogel, Begr. d. gegen d. guten Sitten verst. Rechtsg. S. 21 ff.

[116]) Weyl, Verschuldensbegriffe S. 226 ff., 230.

[117]) Planck § 138 Anm. 1 S. 248.

[118]) v. Liszt, Deliktsobligationen S. 73 ff.

[119]) Zitelmann, Intern. Privatrecht I S 334 ff., bes. S. 337.

Sittlichkeit gelten lassen wollen, sondern ersterer die ständisch und örtlich verschiedenen Anschauungen als maßgeblich ansieht, letzterer „die ethische Anschauung, wie sie der hypostasierte, in diesem Sinne ideale Gesetzgeber als fertige oder sich wandelnde der von ihm geschaffenen Rechtsordnung zugrunde legen, in ihr verwirklichen wollte."

Die zweite Gruppe kennzeichnet sich besonders dadurch, daß sie den Begriff der guten Sitten wörtlich auffaßt und ausdrücklich eine Gleichsetzung mit der Sittlichkeit ablehnt. So sprechen Hoelder[120]) und ihm im wesentlichen folgend Jacoby[121]) von der „sittlich verbindlichen Sitte", Fischer-Henle[122]) von den „Sitten des ganzen Volkes", Herzog[123]) von den „jetzigen (jeweiligen) deutschen guten Sitten". Gleichfalls erklären die „Sitten" für maßgeblich, wenn auch mit Abweichungen im Einzelnen, Leonhard,[124]) Endemann[125]) und Meves.[126]) Auch hier herrscht darüber Uebereinstimmung, daß alles auf die tatsächliche Uebung im Volke ankommt.

Zu einer dritten Gruppe lassen sich eine Reihe von Schriftstellern zusammenfassen, die mehr oder minder willkürlich über den Wortlaut des Gesetzes hinweggehend, dem § 138 BGB. ein Anwendungsgebiet einräumen, das weder mit „Sittlichkeit" noch „guten Sitten" im eigentlichen Sinne mehr etwas zu tun hat. So behauptet Gareis,[127]) daß der Rechtsbegriff der guten Sitten weiter reicht als der Ausdruck „Sittlichkeit" oder als der „die gute Sitte"; sein Inhalt soll sich aus den auf Idealen aufgebauten Anschauungen der Gesellschaft ergeben. Stammler[128]) erblickt im § 138 BGB. eine Verweisung auf das von ihm sog. „richtige Recht". Die guten Sitten sollen also offenbar Rechtsnormen darstellen, die nach der Methode des richtigen Rechts zu erforschen sind. Angeschlossen haben sich Hein[129]) und Brütt,[130]).

[120]) Hoelder, Allg. Teil S. 304 f.
[121]) Jacoby, Abstrakter Vertrag S. 35 ff.
[122]) Fischer-Henle § 138 Anm. 2.
[123]) Herzog, Begriff der guten Sitten S. 114 ff., 124.
[124]) Leonhard, Allg. Teil S. 37 ff.; Verstoß gegen d. guten Sitten S. 99.
[125]) Endemann, Krit. Vierteljahrsschr. 1899, 52, 533.
[126]) Meves in Goltd. A. 46, 82 f.
[127]) Gareis § 138 Anm. 2 S. 170.
[128]) Stammler, Richtiges Recht S. 261 ff.
[129]) Hein, Verleitung zum Vertragsbruch S. 131.
[130]) Brütt, Rechtsanwendung S. 172.

Auch Steinbach[131]) will dem Begriff der guten Sitten einen weiteren Umfang zusprechen als den Worten „Sittlichkeit" oder „Moral" im gewöhnlichen Sprachgebrauch beigelegt zu werden pflegt. Nach seiner Auffassung soll auch dasjenige einbegriffen sein, was im französischen und englischen Recht als gegen die Begriffe „ordre public" und „public policy" verstoßend angesehen wird. Steinbach beruft sich hierfür auf die Jheringschen Ausführungen[132]) über den „Egoismus der Gesellschaft" und erblickt den gesetzgeberischen Grund „zum weitaus größten Teile in diesem Egoismus der gesellschaftlichen Verbände, welchen die Menschen in ihren mannigfaltigen Organisationen angehören."

Hiermit berührt sich die Begriffsbestimmung von Fuld,[133]) der für unsittlich hält „nicht das, was einem bestimmten ethischen System und den daraus abgeleiteten Moralsätzen widerspricht, sondern vielmehr das, was mit der gesellschaftlichen Wohlfahrt unverträglich erscheint." Aehnlich lehnt auch Kuhlenbeck[134]) eine Betrachtung vom Standpunkt der privaten Moral ab; gemeint ist nach seiner Auffassung „eine höhere, sozusagen gesellschaftliche Moral, die wesentlich auf einer angemessenen Schätzung der Rangordnung der Interessen basiert." Crome[135]) führt die guten Sitten auf das allgemeine öffentliche Interesse zurück. Wegen ihrer weiten Fassung hat gerade die Begriffsbestimmung von Dernburg[136]) mehrfach Widerspruch gefunden.[137]) Ein Geschäft verstößt nach seiner Ansicht gegen die guten Sitten, wenn seine „rechtliche Anerkennung mit einem gesunden, in diesem Sinne guten sozialen Zustande unvereinbar sei." Ebenso geht Rehbein[138]) erheblich über die Begriffe „Sitte" und „Sittlichkeit" hinaus, wenn er unter den guten Sitten „die sittliche Gesamtanschauung von dem, was gutes Recht ist" versteht.

---

[131]) Steinbach, Moral als Schranke des Rechtserwerbs S. 40 f.; ferner in DJZ. 1899 S. 47 ff.
[132]) Jhering, Zweck im Recht II S. 194 ff.
[133]) Fuld in Zeitschr. f. Rechtspfl. 1899, 173.
[134]) Kuhlenbeck, Pandekten – BGB. I. S. 30 ff.
[135]) Crome I S. 66 f., 70, 342 Note 10.
[136]) Dernburg I § 125 II S. 421.
[137]) v. Tuhr II, 2 § 70 Anm. 8 S. 22 f. Oertmann, § 138 B 1 a γ a. E.
[138]) Rehbein I S. 182.

Neben diesen verschiedenartigen Ansichten der Theorie nimmt das Reichsgericht eine gewisse Sonderstellung ein; dies nicht etwa deshalb, weil sich rein äußerlich seine Auffassung keiner der besprochenen Gruppen anpaßt, sondern aus dem Grunde, weil es seinen Ausführungen über die guten Sitten eine andere Methodik als die Wissenschaft zugrunde legt. So ist auch das Reichsgericht, das anderwärts von jeher bestrebt war, sich die praktisch verwertbaren Ergebnisse der Wissenschaft dienstbar zu machen, hier kritiklos an den in der Theorie aufgeworfenen Fragen vorübergegangen.

In ständiger, allerdings nicht unangefochten gebliebener[139]) Rechtsprechung zu § 138 oder auch § 826 BGB. hat das Reichsgericht[140]) den Standpunkt vertreten, daß als Maßstab für die guten Sitten „die Auffassung zu gelten hat, welche im sittlichen Volksbewußtsein begründet ist und dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden entspricht."[141]) Zu prüfen ist jeweils, „ob die tatsächlichen Umstände, die den Vertragsschluß begleiteten oder bei Vertragserfüllung weiter wirken, jenem Maß von Sittlichkeits- und Anstandsrücksichten widersprechen, das im Geschäftsverkehre auch von Durchschnnittsmenschen gefordert werden kann."[142]) Noch genauer bestimmt wird der Standpunkt durch folgende Grundsätze: „Nicht jedes nach geläuterter sittlicher Anschauung minder anständige Handeln als solches enthält zugleich einen Verstoß wider die guten Sitten, der letztere Begriff hat vielmehr eine engere, auf die Fälle der Betätigung von Gesinnungsgemeinheit beschränkte Bedeutung."[143]) „Wie eine niedrige Denk- und Handlungsweise, selbst wenn sie in einzelnen Volksschichten die herrschende sein sollte, immer Unsitte bleibt und nicht gute Sitte wird, ebensowenig kann die vornehme Gesinnung, durch die sich gewisse Kreise oder Personen auszeichnen, für die Begriffsbestimmung der guten Sitten im Rechtssinne den Maßstab bilden. Zwischen der Handlungsweise eines vornehmen Käufers und derjenigen eines

[139]) Joerges in Zeitschr. f. Rechtsphilosophie Bd. 1 S. 208 ff., bes. S. 213. Zuletzt Baumbach in JurW. 1927 S. 2449.

[140]) R. G. 48, 124; 55, 373; 73, 113; 75, 123; 77, 421; 79, 418; 80, 221; 83. 114; 88, 254; 90, 183; 93, 107; 103, 38; 103, 84; 105, 245; 111, 154; 113, 5; 113, 38; 113, 196; 114, 341; 115, 144; 115, 417. Warn. 1921 Nr. 89 S. 108

[141]) vgl. hierzu auch Mot. II S. 727.

[142]) R. G. 58, 217; 67, 102; zuletzt 115, 417.

[143]) R. G. 58, 220.

Käufers, der im Geschäftsverkehre den Anforderungen der Redlichkeit und des Anstandes genügt, liegt ein Spielraum, der in den Grenzen der guten Sitten sich bewegt."[144]) Von dem in dieser Weise gekennzeichneten Standpunkt abzuweichen, hat das Reichsgericht bis in die jüngste Zeit noch keinen Anlaß gehabt.[145])

4. Kritische Würdigung der verschiedenen Ansichten. § 10

Der kurze Ueberblick hat bereits zur Genüge dargetan, daß der Begriff der guten Sitten zu einem der umstrittensten des Gesetzbuches überhaupt gehört. Unterzieht man die verschiedenen Theorien einer sachlichen Beurteilung, so kann eigentlich keine uneingeschränkte Zustimmung finden. Obwohl die Vertreter der ersten Gruppe keineswegs die Bedeutung der tatsächlich im Volke herrschenden und anerkannten Lebensanschauungen verkennen, — was übrigens das einzig Gemeinsame mit der zweiten Gruppe darstellt —, so sind doch ihre Gedankengänge und Begriffsbestimmungen stark von theoretischen, der Moralphilosophie entliehenen Erwägungen beeinflußt. Die zweite Gruppe, die die „guten Sitten" wörtlich verstanden wissen will, verwischt damit vollkommen die Grenze zwischen dem Rechtsbegriff und den bloßen Konventionalregeln, den Regeln des gesellschaftlichen Verkehrs. Die in der dritten Gruppe zusammengefaßten Schriftsteller haben gemeinsam das Bestreben, der Vorschrift des § 138 BGB. den größtmöglichen Geltungsbereich einzuräumen. Das Problem von hoher Warte aus betrachtend, erkennen sie in der Vorschrift die gesetzliche Verwirklichung dieses oder jenes großen Grundsatzes und rühren damit an letzte Fragen der Rechts- und Sittlichkeitsordnung überhaupt. Hier wird der Boden des Gesetzes verlassen; von einer Auslegung im eigentlichen Sinne kann nicht mehr die Rede sein. Wenn diese Schriftsteller gewisse Rechtsgeschäfte auf diese Weise der Nichtigkeit zuführen, so mag das zwar im Ergebnis zutreffend sein, der Weg verdient indessen keine Billigung.

Aber unabhängig von jeder sachlichen Beurteilung der verschiedenen Theorien, erscheint es zweifelhaft, ob die Methode der

[144]) R. G. 55, 373; auch 58, 217.
[145]) Dies betont besonders R. G. 104, 330; auch 113, 38.

Begriffsbestimmung überhaupt geeignet ist, das Dunkel des § 138 BGB. zu erleuchten. Muß es nicht verwundern, daß unter den Begriffsbestimmungen der zahlreichen angeführten Schriftsteller, doch gewiß einer reichen Auswahl sorgfältigster wissenschaftlicher Arbeit, auch kaum zwei sich völlig inhaltlich deckende zu finden sind? Angesichts dessen drängt sich die Frage auf, ob wegen der Eigenart des § 138 BGB. jemals eine von der überwiegenden Mehrheit anerkannte, erschöpfende Begriffsbestimmung aufgestellt werden kann; die Frage zu verneinen, liegt nahe. Aber selbst, wenn eine solche Begriffsbestimmung gefunden würde, könnte sie den Bedürfnissen der Praxis wenig entgegenkommen. Denn es darf nicht übersehen werden, daß es sich bei den „guten Sitten" nicht um einen reinen Rechtsbegriff, wie es etwa das Rechtsgeschäft oder die Verfügung ist, handelt, sondern um einen Rechtsbegriff, der, dem pulsierenden Leben entnommen, mit den jeweiligen Zeitanschauungen aufs Engste verknüpft und daher ständigen Wandlungen unterworfen ist.[146]) Eine Begriffsbestimmung, die dem selbstredend Rechnung tragen muß, kann nur ein Rahmen sein, sie darf, um ihre Allgemeingültigkeit nicht zu gefährden, nicht ausführlicher sein und kann nicht näher ins Einzelne gehen. Auch die beste Begriffsbestimmung wird daher schwerlich etwas zur Erleichterung des juristischen Subsumptionsschlusses beitragen können. Vielmehr wird durch derartige Versuche stets nur das Problem auf ein anderes Feld verschoben, eine Unbekannte durch die andere ersetzt.

Aus diesen Gründen wird begreiflicherweise darauf verzichtet, den zahlreichen bereits vorhandenen Begriffsbestimmungen noch eine neue im eigentlichen Sinne hinzuzufügen. Ebensowenig würde es dem erstrebten Ziele der Arbeit näherbringen, jede der zahlreichen Ansichten im Einzelnen darzustellen und ihr Für und Wider gegenüber den anderen abzuwägen. Der über das Schrifttum gegebene Ueberblick mag daher hier genügen.

Im Gegensatz dazu begründet das Reichsgericht den Sittenverstoß ohne theoretische Erwägungen und ohne Zuhilfenahme von Begriffsbestimmungen. Der Rechtslehre hat es hier die Gefolgschaft verweigert. Denn wenn auch die oben mitgeteilten Grundsätze häufig in den Entscheidungen wiederkehren, so haben sie dennoch nicht die Bedeutung einer Begriffsbestimmung. Die Logik pflegt nach dem

[146]) Beispiele bei Gierke I § 33 S. 288 N. 18.

Vorbild Wundts zu unterscheiden zwischen einer Realdefinition und einer uneigentlichen, der sog. Nominaldefinition. Diese beschränkt sich darauf, das Wort unbekannter Bedeutung durch synonyme Ausdrücke und Umschreibungen zu ersetzen, während jene bestrebt ist, unter Vermeidung jeder Tautologie das Wort durch Bestimmung seines Begriffes zu erklären und in das System vorhandener Begriffe einzugliedern.[147]) Geht man von dieser Unterscheidung aus, so erhellt, daß in den Grundsätzen des Reichsgerichts bestenfalls Nominaldefinitionen, also in Wahrheit keine Begriffsbestimmungen erblickt werden können, will man nicht in ihnen überhaupt nur gewisse Richtlinien für die Rechtsanwendung sehen.

Wenn die Entscheidungen bei der Anwendung des § 138 BGB. auch häufig im Ergebnis keine Zustimmung verdienen, so kann doch den grundsätzlichen Ausführungen des Reichsgerichts nur beigetreten werden. Nicht zutreffend erscheint es, wenn Vogel[148]) es für widerspruchsvoll hält, von dem „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" zu sprechen, weil bei einem „billig und gerecht", also rechtmäßig und verständig Denkenden nicht unbedingt „Anstandsgefühl" vorausgesetzt werden könnte. Denn „Anstandsgefühl" bedeutet nicht etwa — wie Vogel meint — „Schicklichkeitsgefühl", also ein äußeres, den gesellschaftlichen Formen entsprechendes Verhalten, sondern eine bestimmte Art der im Verkehr betätigten Gesinnung, eben eine „anständige"; das Gegenteil von „Anstandsgefühl" hat das Reichsgericht mit „Gesinnungsgemeinheit" bezeichnet.[149]) Ebensowenig kann daher Enneccerus[150]) darin gefolgt werden, wenn er unter Berufung auf eine vereinzelte Entscheidung[151]) „Anstandsgefühl" in dem Sinne von „Moral", „Sittlichkeit" verstehen will. Gerade diese Ausdrücke hat das Reichsgericht tunlichst vermieden, um nicht den Anschein zu erwecken, als ob eine geläuterte sittliche Anschauung, ein den Geboten der Moralphilosophie entsprechendes Verhalten maßgeblich wäre.

Das Bemerkenswerte der reichsgerichtlichen Grundsätze besteht darin, daß sie ihre Entstehung nicht irgendwelchen weltfremden dok-

---

147) vgl. Schmidt, Wörterbuch Art. Definition S. 60 f.
148) Vogel, Begr. d. geg. d. gut. Sitten verst. Rechtsgeschts. S. 11.
149) Siehe oben S. 34.
150) Enneccerus I, 1 § 178 Anm. 3 S. 484.
151) Warn. 1912 Nr. 54 S. 61.

trinären Erwägungen verdanken, sondern daß sie das Reichsgericht aus dem praktischen Rechtsempfinden und dem natürlichen Sprachgefühl geschöpft hat.[152]) In meisterhafter Weise geben die Grundsätze das wieder, was die Vorstellungswelt des „Mannes aus dem Volke" bei dem Gedanken an die „guten Sitten" bewegt.[153]) Dieser Weg dürfte der richtige sein. Denn es handelt sich bei der Frage nach den guten Sitten nicht um weltfremde, rein wissenschaftliche Probleme, sondern um Erfahrungstatsachen, über die jeder Einzelne sich ein Urteil bilden kann.[154]) Geht man in dieser Weise die Sprache um Auskunft an, dann erhellt, daß die „guten Sitten" weder mit den Anforderungen der Ethik im philosophischen Sinne noch mit der „öffentlichen Ordnung" etwas gemein haben. Die Rechtsordnung kann nur in den seltensten Fällen bei Durchsetzung von Forderungen der Ethik mitwirken; denn die Ethik richtet sich vorzugsweise an das Innere des Menschen, während das Recht nur ein äußeres Verhalten verlangt. Mit Recht spricht man in diesem Sinne von der „gröberen Moral des Rechts" oder behauptet, daß „sich das Recht mit einem ethischen Minimum begnügen müsse." Nach dem Sprachgefühl wird ein Rechtsgeschäft immer nur dann gegen die guten Sitten verstoßen, wenn es mit dem Makel des Unredlichen, des Unanständigen behaftet ist. Genauere Richtlinien lassen sich hier nicht aufstellen. Das übrige muß dem Gefühl und Takt bei der Rechtsanwendung vorbehalten bleiben. Daß dies freilich ein großer Spielraum ist, kann nicht geleugnet werden; darüber sind sich auch die Motive[155]) nicht im Unklaren. Lassen sich aber etwa andere ebenso eng mit dem praktischen Leben verknüpfte Begriffe, wie die „Verkehrssitte" oder „Treu und Glauben" genauer begrenzen? Auch hier muß alles der Rechtsanwendung im einzelnen Fall vorbehalten bleiben.

§ 11 5. Die drei Kategorien von Lotmar; die Bedeutung der zweiten Kategorie.

Bei den starken Meinungsverschiedenheiten, die über den Begriff der guten Sitten herrschen, muß es fast eigentümlich berühren, daß das

[152]) vgl. hierzu R. G. 63, 392 oben; 80, 221.
[153]) Jhering, Zweck im Recht II Vorrede XX.
[154]) Jhering a. a. O. S. 15.
[155]) Mot. S. 212 = Mugdan I S. 469.

praktische Anwendungsgebiet des § 138 BGB. in nicht unerheblichem Umfange so gut wie außer Streit steht. Dies hängt weniger damit zusammen, daß man es nicht für genügend erachtet, wenn einer der Beteiligten oder selbst beide aus unsittlichen Beweggründen handeln, sondern übereinstimmend verlangt, daß sich das Rechtsgeschäft nach seinem Gesamtgepräge oder — wie sich das Reichsgericht[156]) auszudrücken pflegt — „seinem Gesamtcharakter nach, unter Zusammenfassung von Inhalt, Motiv und Zweck" als sittenwidrig darstellt. Wenn vielmehr die Frage: welche Rechtsgeschäfte verstoßen gegen die guten Sitten? bis zu einem gewissen Grade einheitlich beantwortet wird, so ist dies wohl überwiegend darauf zurückzuführen, daß sich allmählich in der Wissenschaft ganz bestimmte Gruppen unsittlicher Verträge herausgebildet haben, die in ihren Grundzügen fast durchweg Billigung finden.

Zum ersten Male hat das Problem von dieser Seite aus Windscheid[157]) beleuchtet. Er hat eine Dreiteilung vorgenommen, die im allgemeinen später beibehalten worden ist. Ein Sittenverstoß liegt nach Windscheid vor:

1. wenn der Vertrag auf Hervorrufung oder Beförderung des Verbotenen oder auf Hinderung des Gebotenen gerichtet ist;
2. wenn durch ihn auf die Freiheit des Entschlusses in Dingen eingewirkt werden soll, in welchen sich der Mensch durch äußere Motive nicht soll bestimmen lassen;
3. wenn die sich in dem Vertrage verratende Gesinnung eine verwerfliche ist.

Weiter ausgebaut und schärfer formuliert hat diese Gruppen dann Lotmar[158]) in seinem Werke: „Der unmoralische Vertrag". Auch er hat drei Kategorien aufgestellt. Der Vertrag ist unmoralisch:

1. wenn er eine Handlung, Duldung oder Unterlassung vereinbart, die unmoralisch ist;
2. wenn er zum Gegenstand einer Vereinbarung macht eine Handlung, Duldung oder Unterlassung, die zwar nicht unmoralisch ist, aber von Moralwegen nicht vertraglich vorgenommen oder

---

[156]) R. G. 56, 231; 68, 98; 75, 74; 78, 263; 80, 221; 83, 112; 86, 148. Warn. 1921 Nr. 89 S. 108.

[157]) Windscheid—Kipp, Pandekten II § 314 Anm. 4—6.

[158]) Lotmar, Unmoralischer Vertrag S. 66—75.

zugesichert und damit dem Rechtszwang unterstellt werden darf;

3. Wenn er eine ökonomische Leistung in Kausalbeziehung zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung setzt, welche — mag sie moralisch oder unmoralisch sein — von Moralwegen nicht in solcher Kausalbeziehung zu Geld oder Geldeswert stehen soll.

Gegenüber Windscheid ist nur bei Ziffer 3 eine sachliche Abweichung zu beobachten; diese dürfte als Verbesserung anzusprechen sein, da die Verwerflichkeit der Gesinnung allein — wie heute allgemein anerkannt — niemals einen Sittenverstoß begründen kann. Die beiden übrigen Ziffern lassen eine abstraktere Ausdrucksweise erkennen, die treffend — besonders bei Ziffer 2 — das Entscheidende hervorhebt.

In seinem Werke über den unmoralischen Vertrag hat Lotmar diesen Kategorien eine ganz besondere Aufgabe zugewiesen.[159]) Er macht nämlich hier — ebenso wie Ravit[160]) — eine Unterscheidung zwischen einerseits der sog. Rechtsfrage, die prüft, ob ein Verhältnis des Vertrages zur Moral vorhanden ist, bei dem ein Verstoß gegen die guten Sitten dem Recht nach möglich ist, und andererseits der sog. Moralfrage, die darauf gerichtet ist, ob ein solcher Verstoß der Moral nach wirklich vorhanden ist. Die formelle, die Rechtsfrage, die alleine der Nachprüfung in der Revision zugänglich sein soll, soll ihre Beantwortung durch die drei Kategorien finden. Diese scharfsinnige Unterscheidung hat indessen keinen ungeteilten Beifall gefunden;[161]) nicht nur ein Teil der Wissenschaft, sondern vor allem das Reichsgericht hat Lotmar hier die Gefolgschaft verweigert, wodurch dem Gedanken jede praktische Bedeutung genommen wurde. Nach ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts[162]) handelt es sich insofern stets

[159]) Lotmar S. 76 ff.

[160]) Ravit in ZivA. 58, 64.

[161]) dafür: Crome I S. 373.
Jacobi in DogmJ. 41 S. 103 f.
Staudinger § 138 Anm. I, 8 S. 480 (wenigstens grundsätzlich).
dagegen: Endemann, Krit. Vierteljahrszeitschr. 1899 S. 522.
Enneccerus I, 1 § 178 I S. 484.
Friedrichs § 43 S. 79.

[162]) R. G. 67, 102; 94, 239. Erläuterungsb. v. RGR. § 138 Anm. 3.

um eine Rechtsfrage, als vom Revisionsgericht nachgeprüft werden kann und muß, ob in dem von der Tatsacheninstanz festgestellten Sachverhalt ein Sittenverstoß zu erblicken ist oder nicht.

Entscheidende Bedeutung haben aber die Lotmarschen Kategorien als Richtlinien für die Rechtsanwendung erlangt. In der moralischen Beanstandung der aufgestellten Geschäftstypen sind sie nicht nur vorbildlich geworden für die Rechtslehre, sondern auch die Rechtsprechung ist ihnen gefolgt.

So hat sich den Lotmarschen Kategorien uneingeschränkt Jacobi[163]) angeschlossen. Enneccerus[164]) und das Planck'sche Erläuterungsbuch[165]) bevorzugen bei der Bestimmung der ersten Gruppe die von Windscheid gegebene Wortfassung, Enneccerus macht in der zweiten Gruppe außerdem noch den wichtigen Zusatz, daß ein Sittenverstoß auch dann vorliege, „wenn die beabsichtigte Bindung das im Interesse der persönlichen und wirtschaftlichen Freiheit zulässige Maß überschreitet." Hiermit befindet sich in Uebereinstimmung Lehmann.[166])

Ebenso schließt sich Oertmann[167]) den Kategorien Lotmars an; nur empfiehlt sich seiner Auffassung nach eine andere Gruppierung. Er unterscheidet zwischen dem sittenwidrigen Geschäftsinhalt — im wesentlichen Lotmars erste Kategorie — und dem sittenwidrigen Geschäftsabschluß; ein solcher soll vorliegen, wenn das Verhalten überhaupt nicht unter Rechtszwang gestellt werden darf — Lotmars zweite Kategorie — oder wenn das Verhalten nicht zu finanziellen Vorteilen in Abhängigkeit gebracht werden darf — Lotmars dritte Kategorie. Diese Anordnung, die also nur der Form, nicht aber der Sache nach von Lotmar abweicht, befürwortet auch Vogel.[168]) Ohne eine besondere Gruppierung der sittenwidrigen Geschäfte vorzunehmen, stimmen sachlich auch Staudinger,[169]) Dernburg[170]) und Gierke[171]) mit Lotmar überein.

---

[163]) Jacobi in Dogmj. 41, 105.
[164]) Enneccerus I, 1 § 178 III S. 487 ff.
[165]) Planck § 138 Anm. 2.
[166]) Lehmann, Allg. Teil § 29 IV, 2 S. 138 ff.
[167]) Oertmann § 138 B 1 c. α
[168]) Vogel a. a. O. S. 58 ff.
[169]) Staudinger § 138 I Anm. 4 und 6.
[170]) Dernburg, Bürgerl. R. I § 125 III S. 421 ff.
[171]) Gierke III § 177 II S. 114.

Die Rechtsprechung, insbesondere das Reichsgericht, hat zwar niemals ausdrücklich auf die Lotmarsche Einteilung Bezug genommen, befindet sich aber nach den Ergebnissen der Entscheidungen durchaus mit ihr in Uebereinstimmung. Stellenweise[172]) ist auch ausdrücklich die Unsittlichkeit von Vereinbarungen betont worden, „durch die in ungehöriger Weise auf die Freiheit des Entschlusses eines Menschen in Dingen eingewirkt werden soll, worin sich der Mensch durch äußere Motive nicht soll bestimmen lassen." Auch im Erläuterungsbuch von Reichsgerichtsräten[173]) wird die Rechtsprechung nach ähnlichen Gesichtspunkten geordnet.

Während die Richtigkeit der ersten und dritten Kategorie Lotmars wohl schwerlich in Zweifel gezogen werden kann, müssen — trotz der vielfachen Zustimmung — doch ernste Bedenken gegen die zweite Kategorie erhoben werden, nach der ein Vertrag sittenwidrig sein soll, wenn er eine Leistung zum Gegenstand der Vereinbarung macht, „die von Moralwegen vertraglich nicht zugesichert und damit dem Rechtszwang unterstellt werden darf." Nur diese Kategorie wird daher für die Arbeit noch von Interesse sein. Nach der hier zu vertretenden Auffassung werden die Verträge der zweiten Lotmarschen Kategorie, durch die also — kurz gesagt — Handlungen versprochen und unter Rechtszwang gestellt werden, die nur auf Grund freien Willensentschlusses vorgenommen werden können, zu Unrecht einer Wertung am Sittenmaßstabe unterworfen. In Wirklichkeit handelt es sich hier nicht um eine Frage der guten Sitten, sondern um eine solche der rechtlichen Verpflichtungsmöglichkeit. Das Anwendungsgebiet des § 138 BGB. muß danach zugunsten der rechtsfreien Sphäre eingeschränkt werden.

Bevor indessen diese Gedankengänge weiter verfolgt werden, erscheint es zweckmäßig, Beispiele aus dem praktischen Leben darzustellen, welche die Bedeutung und Tragweite der zweiten Lotmarschen Kategorie verständlich zu machen geeignet sind. Hierbei ist von den Rechtsfällen der römischen Quellen nicht nur deshalb auszugehen, weil Lotmar die Richtigkeit des angefochtenen Satzes auch für das römische Recht behauptet hat, sondern vor allem, weil diese Beispiele bemerkenswerte Vergleiche mit dem heutigen Rechtszustand zulassen.

[172]) Seuff. A. 49, 4.
[173]) Erläuterungsb. v. RGR. § 138 Anm. 1 A.

Wegen Unvereinbarkeit mit den „boni mores" haben die römischen Juristen für nichtig gehalten das Versprechen des Erblassers, jemandem eine bestimmte Summe zu zahlen, sofern er ihn nicht zum Erben einsetzen werde.[174]) Offensichtlich soll der Erblasser in seiner Entschließungsfreiheit nicht beeinträchtigt werden. Ferner ist für nichtig erklärt worden die bei der Annahme an Kindesstatt getroffene Abrede, das Kind nach gewisser Zeit wieder in Adoption zu geben.[175]) Der Adoptierende soll sich nämlich hierüber nicht im Voraus rechtsgeschäftlich verpflichten. Wegen Sittenverstoßes sind sodann als nichtig behandelt worden Verträge über den Nachlaß eines lebenden Dritten ohne dessen Zustimmung [176]) sowie Abreden über den Ausschluß der Haftung für Vorsatz.[177]) Schließlich verdient noch besondere Hervorhebung folgender Fall:[178]) Jemand läßt sich Unterlassung der Strafanzeige wegen eines in Zukunft noch zu begehenden Deliktes zusichern. Wegen Zugrundeliegens einer „turpis causa"[179]) halten die Quellen den Vertrag für nichtig.

Es ist nicht überzeugend, wenn Lotmar[180]) in dem letzteren Falle den Nichtigkeitsgrund in einer Beschränkung der Entschließungsfreiheit des Verpflichteten erblickt. Denn, wie die Quellen fortfahren, würde die gleiche nach Begehung des Deliktes getroffene Abrede wirksam sein: „sed post admissa haec pacisci possumus." Dieser Gesichtspunkt ist aber nicht geeignet, eine unterschiedliche Behandlung der beiden Fälle zu rechtfertigen, da ebenso vor wie nach Begehung eines Delikts jedem die Möglichkeit, Strafanzeige zu erstatten, unbenommen bleiben muß. Der Schlüssel zum Verständnis der Stelle liegt vielmehr in der Zwischenbemerkung: „expedit enim timere furti vel injuriarum poenam." Der vor Begehung abgeschlossene Vertrag würde der Strafe ihre Abschreckungswirkung nehmen, zum Ungehorsam gegen die Gesetze des Staates ermuntern. Die „turpis causa" des Vertrages liegt also nicht in einer Beschränkung der Entschließungs-

---

[174]) Dig. XLV, 1, 61.

[175]) Dig. I, 7, 34.

[176]) Dig. XXXIX, 5, 29, 2; Dig. XXXIX, 5, 30; vgl. auch Dig. XXXIV, 9, 2, 3.

[177]) Dig. XVI, 3, 1, 7 sowie Dig. L, 17, 23.

[178]) Dig. II, 14, 27, 4.

[179]) gleichbedeutend mit „contra bonos mores": oben S. 24.

[180]) Lotmar S. 72 und Anm. 145.

freiheit, sondern in der Gefährdung der Staatsautorität. Die Verpflichtung verstößt mithin — in der Sprache des Code Civil ausgedrückt — gegen den „ordre public". — Von den übrigen Beispielen ist ein Teil heute Gegenstand besonderer gesetzlicher Regelung, so die Verträge über Testamentserrichtung — § 2302 BGB. —, über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten — § 312 BGB. —, über den Ausschluß der Haftung wegen Vorsatzes — § 276 Abs. 2 BGB. — Die Gültigkeit wird ihnen aberkannt nicht wegen Sittenverstoßes, sondern wegen besonderer gesetzlicher Nichtigkeitsregel. Im übrigen wird die Richtigkeit der zweiten Kategorie Lotmars für das römische Recht bestätigt.

Die deutsche Rechtsprechung hat sich seit den Zeiten des gemeinen Rechts bei den Verträgen der zweiten Lotmarschen Kategorie stets von Erwägungen der Sittlichkeit leiten lassen. So ist die Zahl der Beispiele keineswegs gering. Aus § 138 BGB. ist die Nichtigkeit folgender Geschäfte begründet worden.

Zunächst auf dem Gebiete des Familienrechts: Verträge über vollständige Uebertragung der Elternrechte,[181]) Versprechen, allgemein oder eine bestimmte Person nicht zu heiraten,[182]) Vereinbarungen über das Getrenntleben der Ehegatten,[183]) Vereinbarungen über Beschränkung der Kinderzahl.[184]) Ferner Verträge über Rechte, die entweder gewissen Personen oder jedem Einzelnen aus öffentlichrechtlichen Normen erwachsen: so Verträge des Staatsoberhaupts über Gewährung von Ehrenzeichen oder -titeln,[185]) Verträge über bestimmte Ausübung des politischen Wahlrechts, der Verzicht auf die im öffentlichen Interesse bestimmte Unpfändbarkeit im Rahmen des § 811 ZPO.[186]) Auf dem Gebiete der allgemeinen Entschließungsfreiheit: Versprechen von dem Zeugnisverweigerungsrecht keinen Gebrauch zu machen,[187])

---

[181]) R. G. in Recht 1908 Nr. 2290; für das frühere Recht bereits Obertribunal v. 16. II. 1874 in Seuff. A. 31 Nr. 23; 38 Nr. 36.

[182]) Seuff. A. 49, 4 OLG. Rostock.

[183]) R. G. 68, 322; Warn. 1911 Nr. 224.

[184]) R. G. in JurW. 1908, 29.

[185]) R. G. 86, 98 = JurW. 1915, 273/1; Warn. 1919 Nr. 51 = JurW. 1919 447/8; Zeitschr. f. Rechtspfl. 12, 116.

[186]) SeuffA. 65 Nr. 478.

[187]) R. G. 79, 373.

keinen Strafantrag zu stellen[188]) oder die Religion zu wechseln,[189]) die zeitlich unbeschränkte Verpflichtung, nicht an einem bestimmten Ort zu wohnen[190]) sowie die persönliche Bindung durch Abgabe des Ehrenworts in vermögensrechtlichen Angelegenheiten.[191]) Sodann aus dem Gebiete der Handelsgesellschaften: Verträge, durch welche die freie Wahl zum Aufsichtsrat beschränkt wird oder welche dazu verpflichten, die Stimme nur nach dem Willen eines Dritten[192]) oder gar nur durch einen Dritten als Stellvertreter abzugeben.[193]) Endlich das wichtige und ausgedehnte Gebiet der Verträge, welche die Betätigungsfreiheit des Einzelnen auf wirtschaftlichem Gebiet, im Erwerbsleben, beschränken; hierher zählen vor allem die Wettbewerbverbote in ihren verschiedensten Formen,[194]) ferner die Knebelungsverträge[195]) und die Bierlieferungsverträge.[196])

Wie sehr sich auch diese, aus den verschiedensten Lebensgebieten stammenden Verträge, die sich noch beliebig vermehren ließen, im einzelnen ihrem Inhalt nach unterscheiden mögen, so weisen sie doch alle als gemeinsames Merkmal auf, daß sie die Freiheit des Verpflichteten, wenn auch in verschiedenen, so doch stets äußerst wichtigen Beziehungen beschränken. In dieser Freiheitsbeschränkung als solchen erblickt die herrschende Meinung das Merkmal der Sittenwidrigkeit. Nicht hat die sittliche Beanstandung — was besondere Hervorhebung verdient — ihren Grund in der Gewährung eines Entgelts für die Uebernahme der freiheitsbeschränkenden Verpflichtungen. Die Entgeltlichkeit ist von Bedeutung lediglich für die dritte, nicht aber die zweite Kategorie Lotmars.

---

[188]) Warn. 1908. Nr. 120.

[189]) R. G. 21, 279; SeuffA. 69 Nr. 48 S. 91; JurW. 1913, 1100/1.

[190]) Warn. 1915 Nr. 8; gültig Warn. 1910 Nr. 412 = JurW. 1911, 31.

[191]) R. G. 68, 229; 74, 332; 78, 258; Warn. 1915 Nr. 227. Leipz. Zeitschr. 20, 526/11.

[192]) R. G. 57, 208.

[193]) R. G. 88, 220; gültig in R. G. 80, 390.

[194]) R. G. 66, 144; 68, 186; 75, 120; 79, 156; 82, 222; 90, 35; 90, 436; 93, 19.

[195]) R. G. 90, 181; 91, 328; Warn. 19, 167; 21, 108; JurW. 1913, 916; JurW. 1919, 443/1.

[196]) R. G. 62, 364; 63, 391; 67, 102; 99, 109; 103, 82.

III. HAUPTTEIL.

Die Unwirksamkeit freiheitsbeschränkender Verträge.

§ 12

1. Abweichungen von der zweiten Kategorie von Lotmar in Rechtslehre und Rechtsprechung.

Daß das freiheitsbeschränkende Element es nicht nur wünschenswert erscheinen läßt, sondern geradezu zwingend gebietet, den Verträgen, die Lotmar in seiner zweiten Kategorie zusammengefaßt hat, die Anerkennung durch die Rechtsordnung zu versagen, soll und kann zu Recht nicht in Zweifel gezogen werden. Fraglich kann nur sein, ob dieses Element gerade geeignet ist, den Verträgen den Stempel der Sittenwidrigkeit aufzudrücken. Dies muß entschieden verneint werden.

Bereits nach dem jetzigen Stande der Rechtslehre ist die zweite Lotmarsche Kategorie nicht allgemein ohne Widerspruch hingenommen worden. Dieser Widerspruch ist nicht etwa ein vereinzelter geblieben, ist auch ebensowenig dadurch bedingt, ob man sich auf den Boden dieser oder jener Lehrmeinung stellt, wie sie über den Begriff der guten Sitten aufgestellt und oben dargestellt worden sind. Vielmehr haben sich bemerkenswerterweise in sämtlichen Lagern Gegner gefunden, denen sich aus anderen Erwägungen heraus noch weitere Schriftsteller zugesellt haben.

Von den Schriftstellern, die unter den guten Sitten die Sittlichkeit, die Moral verstehen, hat sich v. Tuhr[197]) am eingehendsten mit der vorliegenden Frage befaßt. Die Nichtigkeit der Verträge der zweiten Lotmarschen Kategorie beruht nach seiner Auffassung nicht auf den Geboten der guten Sitten, sondern ist grundsätzlich zurück-

[197]) v. Tuhr II,1 § 51 S. 181 ff.; II,2 § 70 S. 32 ff.

zuführen auf „Grenzen, die der Rechtsordnung immanent sind."[198]) Die Begründung ist indessen keine einheitliche. V. Tuhr unterscheidet im einzelnen zwischen Rechtsgeschäften, die jemandem die Verpflichtung zu einem Verhalten auferlegen, welches nach unseren Anschauungen von jedem Rechtszwang frei sein soll, und solchen Rechtsgeschäften, welche die persönliche oder wirtschaftliche Freiheit in ungehöriger Weise beschränken.

Bei jenen Rechtsgeschäften verstößt nach v. Tuhr die Verpflichtung gegen die „öffentliche Ordnung" im Sinne des § 106 d. I. E. Da aber — wie v. Tuhr fortfährt — unter den „guten Sitten" nur die Vorschriften der Moral zu verstehen seien, mithin die „öffentliche Ordnung" im Gesetz nicht zum Ausdruck gekommen sei, müßten diese Verträge nach ungeschriebenen Grundsätzen beurteilt werden. Ihre Unverbindlichkeit beruhe daher nicht auf Gründen der Moral, sondern darauf, „daß sie ihres Inhalts wegen nicht Gegenstand einer rechtlichen Verpflichtung sein können."[199])

Die Unwirksamkeit derjenigen Rechtsgeschäfte, durch welche die persönliche oder wirtschaftliche Freiheit in ungehöriger Weise oder in zu weit gehendem Maße beschränkt wird, auf § 138 BGB. zu stützen, hält v. Tuhr schon deshalb für verfehlt, weil doch allenfalls nur die Partei sittenwidrig handelt, die der anderen die übermäßige Bindung auferlegt, das unsittliche Verhalten einer Partei die Gültigkeit des Geschäfts aber niemals in Frage stellen kann. Auch aus rein sprachlichen Gründen lehnt v. Tuhr[200]) die Begründung mit dem Sittenverstoß ab. Er betont, daß „es ein dem Laienverstand ganz fernliegendes Verfahren sei, wenn man z. B. die Gültigkeit eines auf längere Zeit geschlossenen Bierlieferungsvertrages als eine Frage der guten Sitten behandele und damit auf eine Linie stelle mit Fällen, in denen das Gesetz die moralische Wertung eines Rechtsgeschäfts vorschreibe." Die Unwirksamkeit dieser Geschäfte soll vielmehr auf einem im Gesetz zwar nicht ausgesprochenen, aber immerhin zahlreichen Einzelvorschriften zugrunde liegenden Prinzip beruhen: aus den §§ 39, 168, 310 BGB., 74 ff. HBG., 133, 152 GewO. ergebe

[198]) v. Tuhr II,1 § 51 I S. 183; ausdrücklich ablehnend Gierke III § 177 S. 114 Nr. 15.

[199]) v. Tuhr II,2 § 70 II,2 S. 33 unten.

[200]) v. Tuhr II,2 § 70 II,3 S. 38.

sich der Grundsatz des ungeschriebenen Rechts, „daß die Beschränkung der Freiheit des Schuldners niemals so weit ausgedehnt werden dürfe, daß sie zu einer Knechtung des Schuldners und einer Aufhebung seiner freien Lebensbetätigung führe oder ihn der schrankenlosen Willkür des Gläubigers unterwerfe.“ [201]) Die übermäßige Bindung werde eben nicht als unsittlich empfunden, sondern als eine aus sozialen und ökonomischen Gründen nicht zu duldende Erscheinung des Wirtschaftslebens. „Das Gesetz sanktioniere aber nur solche Bindungen, die mit unseren sozialen und wirtschaftlichen Zuständen vereinbar seien.“[202])

Auf diese sehr beachtlichen Ausführungen v. Tuhrs bezieht sich Oertmann[203]) in einer leider nur sehr kurzen und mit seinen sonstigen Ausführungen nicht recht im Einklang stehenden Bemerkung. Denn obgleich Oertmann sich sonst den Lotmarschen Ausführungen angeschlossen hat,[204]) erklärt er hier, daß diejenigen Fälle, bei denen der Inhalt des Versprechens ohne Rücksicht auf moralische Beanstandung nicht geeignet sei, unter Rechtszwang gestellt zu werden, nicht unter § 138 BGB. gehören. Da aber Oertmann im Gegensatz zu v. Tuhr die Verträge der zweiten Lotmarschen Kategorie „moralisch beanstandet“, ist nicht recht ersichtlich, an welche Fälle bei dieser Bemerkung gedacht sein soll. Jedenfalls scheint sich aber auch Oertmann grundsätzlich nicht der Bedeutsamkeit der von v. Tuhr aufgezeigten ungeschriebenen Grenzen der Verpflichtungsmöglichkeit zu verschließen.

Aus der Gruppe der Schriftsteller, die den Begriff der guten Sitten wörtlich verstanden wissen wollen, hat sich Herzog[205]) mit der zweiten Lotmarschen Kategorie auseinandergesetzt. Auch er kommt zu dem Ergebnis, daß „die Regeln, die die rechtsgeschäftliche Aufgabe der Freiwilligkeit gewisser Entschlüsse (über Verheiratung, Religionswechsel usw.) verbieten“, sich nicht aus den guten Sitten ergeben.

Ebenso verneint Eckstein[206]) eine Sittenwidrigkeit bei den Verträgen der zweiten Kategorie. Er erblickt den Grund der Unwirksamkeit in der Unveräußerlichkeit der Persönlichkeitsrechte, ohne

---

[201]) v. Tuhr II,2 § 70 II,3 S. 36 unten.
[202]) v. Tuhr II,1 § 51 I S. 184 oben.
[203]) Oertmann § 138 Anm. B 1 a δ.
[204]) vgl. oben S. 41.
[205]) Herzog, Zum Begriff d. guten Sitten S. 161 ff., bes. 165.
[206]) Eckstein in BürgA. 41, 203 ff.

allerdings die Beziehungen dieses neuen Nichtigkeitsgrundes zu den gesetzlich bestimmten und allgemein anerkannten zu klären.

Eccius[207]) macht in seiner Besprechung des Lotmarschen Werkes über den unmoralischen Vertrag darauf aufmerksam, daß die zweite Kategorie ihre eigentliche Bedeutung für das zukünftige Rechtsleben erst dadurch gewonnen habe, daß in der zweiten Kommission die „öffentliche Ordnung" als Nichtigkeitsgrund gestrichen worden ist. Mithin vertritt Eccius — wie v. Tuhr — die Auffassung, daß die freiheitsbeschränkenden Verträge an sich gegen die öffentliche Ordnung verstoßen. Nur weil dieser Begriff als Nichtigkeitsgrund nicht Gesetz geworden ist, läßt er eine Behandlung nach § 138 BGB. zu.

Gegen die allgemeine Fassung der zweiten Kategorie äußert Ravit[208]) seine Bedenken. Seiner Auffassung nach gibt es nur wenige Fälle, in denen das sittliche Bewußtsein unzweifelhaft den Versuch als schimpflich ansieht, durch äußere Motive auf den Entschluß eines Menschen einzuwirken. Einer dieser Fälle ist nach Ravit z. B. die Bestechung eines Beamten. Er lehnt es aber ausdrücklich ab, diesen andere die Freiheit der Entschließung berührende Verträge gleichzustellen.

Schließlich sind auch noch in einem ganz anderen Zusammenhang Stimmen gegen eine Beurteilung nach sittlichen Grundsätzen laut geworden. Das Problem des Erfordernisses des Vermögenswertes des Schuldverhältnisses spielt auch in gewisser Weise in die vorliegende Frage hinein, weil wohl der Mehrzahl der Verträge der zweiten Kategorie ein vermögensrechtliches Interesse nicht zugrunde liegt. So sind die Vertreter der vermögensrechtlichen Theorien jeder Schwierigkeit bei der Begründung der — unbestreitbaren — Unwirksamkeit dieser Geschäfte dadurch enthoben, daß sie ihnen von vornherein überhaupt die Anerkennung als Schuldverhältnis versagen. Die Unwirksamkeit auf dem Wege über § 138 BGB. herbeizuführen, wird von ihnen durchweg abgelehnt.

Aus der Erwägung, daß Verträge ohne vermögensrechtliches Interesse, z. B. solche familienrechtlicher Art, niemals zu einem Rechtszwange führen können, legt Hellwig[209]) dar, daß sich bei Anerkennung dieses Grundsatzes „die Praxis nicht so oft mit den Versuchen

[207]) Eccius in Gruch. 41 S. 736.
[208]) Ravit in ZivA. 58, 63 f.
[209]) Hellwig in ZivA. 86, 227.

hätte plagen müssen, solche Verträge als unsittliche zu kennzeichnen und ihnen aus diesem unrichtigen Grunde die Gültigkeit zu versagen; andererseits hätte die Praxis diejenigen Verträge, bei denen sie schlechterdings eine Unsittlichkeit nicht erblicken konnte, nicht als gültig behandeln müssen." So bestreitet Hellwig[210]) auch bei anderen, die persönliche Freiheit beschränkenden Verpflichtungen, wie z. B. nicht zu rauchen, einen Strafantrag nicht zu stellen oder sich einer Operation zu unterziehen, einen Verstoß gegen die Sittlichkeitsordnung. Auch diese Verträge genießen nach Hellwig nur deshalb keine Rechtshilfe, weil sie für das vermögensrechtliche Gebiet völlig bedeutungslos sind.

Ebenso tritt Wendt[211]) vom Problem des möglichen Inhalts des Schuldverhältnisses her an die gegenwärtige Frage heran. Die Verknüpfung beider Probleme klar erkennend, bemerkt er, daß mit dem Verzicht auf das Erfordernis des Vermögenswertes zugleich die Frage der Anwendbarkeit des § 138 BGB. auftaucht. Besonders hebt Wendt hervor, daß die Unterlassungsverträge, wie sie mit Ehegatten, Eltern, Aerzten, Beratern oder Freunden, z. B. nicht zu rauchen oder dem Alkohol zu entsagen usw., abgeschlossen werden, durchaus löbliche und der Billigung würdige Ziele verfolgen und daß daher von dieser Seite aus an einen Verstoß gegen die guten Sitten nicht gedacht werden kann. Nur weil es ausgeschlossen sei — fährt Wendt fort —, folgeweise auch Klagbarkeit und Zwangsvollstreckung aus solchen Verträgen zuzulassen, bliebe kein anderer Schluß, als in Uebereinstimmung mit Planck einen Sittenverstoß in dem rechtsgeschäftlichen Versprechen einer Leistung zu erblicken, die nach den Geboten der Sittlichkeit nur auf Grund eines freien Entschlusses erfolgen könnte.

Aber nicht nur im Schrifttum lassen sich diese von der hergebrachten Anschauung abweichenden Meinungen nachweisen. Auch das Reichsgericht ist nicht stets seinen sonst in ständiger Rechtsprechung vertretenen Grundsätzen über die freiheitsbeschränkenden Verträge gefolgt. Zur Entscheidung stand die Wirksamkeit der vom Kläger in einem Vergleich gegenüber seiner Ehefrau, der Beklagten, eingegangene Verpflichtung, „nach erfolgter Vermögensauseinandersetzung in die rituelle Scheidung zu willigen und die nach den Vorschriften der

[210]) Hellwig a. a. O. S. 234.
[211]) Wendt in ZivA. 92 S. 48 ff., bes. S. 50.

mosaischen Religion erforderlichen Erklärungen auf Verlangen der Beklagten abzugeben."[212]) Es bedarf keiner näheren Ausführung, daß dem Kläger hier eine Bindung auferlegt ist, die seine Entschließungsfreiheit in einer höchstpersönlichen Angelegenheit aufzuheben geeignet ist. Der eigenen freien Entschließung des Klägers muß es vorbehalten bleiben, ob er in die rituelle Scheidung einwilligen und die übrigen Erklärungen abgeben will oder nicht. Gleichwohl hat das Reichsgericht diese Verpflichtung nicht sittlich beanstandet, sondern sie für „rechtlich unmöglich" erklärt, womit nicht etwa auf § 306 BGB. hingewiesen, sondern gesagt sein soll, daß die Parteien etwas vereinbart haben, was Gegenstand einer rechtlichen Abmachung überhaupt nicht sein kann.

Auch noch in einem zweiten Fall[213]) hat das Reichsgericht von einer Beurteilung am Maßstab der guten Sitten abgesehen. Hier ist im Rahmen eines Schadensersatzprozesses der Klägerin gegen den beauftragten Gerichtsvollzieher die Gültigkeit des vom Pfändungsschuldner erklärten Verzichtes auf das Vorrecht der Unpfändbarkeit gemäß § 811 ZPO. erörtert. Diese Verzichtserklärung stellt sich rechtlich als die Verpflichtung dar, die Geltendmachung des Vorrechtes der Unpfändbarkeit zu unterlassen. Da dies eine unzulässige wirtschaftliche Selbstbeschränkung bedeutet, hätte das Reichsgericht folgerichtig den Verzicht aus Gründen der Sittenwidrigkeit für nichtig erklären müssen. Stattdessen sieht das Reichsgericht bemerkenswerterweise bei der Begründung der Unwirksamkeit von den Normen des geschriebenen Rechts ab und stützt seine Entscheidung lediglich auf die Erwägung, daß „es mit den sozialpolitischen Anschauungen der Gegenwart unverträglich sei, wenn dem Schuldner die in § 811 Ziff. 1 ZPO. aufgeführten unentbehrlichen Sachen durch die staatlichen Vollstreckungsorgane genommen würden." „Denn diese Vorschrift" — so fährt das Reichsgericht fort — „wolle nicht nur dem Schuldner eine Wohltat erweisen, sondern sie diene einem wesentlichen öffentlichen Interesse, das es nicht zulasse, daß der Einzelne durch völlige Kahlpfändung auf einen Grad wirtschaftlicher Mittellosigkeit herabgedrückt werde."

---

[212]) R. G. 57, 250 ff., bes. 257.
[213]) R. G. 72, 181 ff., bes. 183.

§ 13

2. Ablehnung der zweiten Kategorie von Lotmar.

Der Weg, der damit in Abweichung von der zweiten Kategorie Lotmars von der Rechtslehre teils zögernd, teils zielbewußt, von der Rechtsprechung vereinzelt beschritten worden ist, muß auch als der einzig gangbare bezeichnet werden.

Zwar hat der Gedanke, wie ihn Lotmar zum Ausdruck gebracht hat, zweifellos etwas Bestechendes und Einnehmendes für sich. Im Rahmen des Möglichen völlige Klarheit über sein Anwendungsgebiet gebend, gewährt der Grundsatz eine sichere und praktische Handhabe, um jenen Geschäften die Rechtswirksamkeit und damit — was noch wichtiger ist — den Rechtszwang zu nehmen. Zudem geht die Lotmarsche Regel in ihrem Ergebnis aufs Glücklichste Hand in Hand mit dem gesunden Rechtsempfinden, jener feinen und untrüglichen Stimme im Innern des Menschen, die den Ausgangspunkt jeder gerechten, d. h. interessenausgleichenden Rechtsfindung bildet.

Aber das Ergebnis, die rechtliche Unwirksamkeit jener Verträge, kann unmöglich auf dem Wege über § 138 BGB. erzielt werden. Denn das kennzeichnende Merkmal des gegen die guten Sitten verstoßenden Rechtsgeschäfts, das Unredliche, das Verwerfliche, fehlt diesen Verträgen vollkommen. Dies haben auch besonders v. Tuhr, Ravit und Wendt hervorgehoben. Soll es dem „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" widersprechen, wenn ich mich verpflichte, meinen Wohnsitz aufzugeben, meine Religion zu wechseln oder nicht zu heiraten, oder wenn ich verspreche, in einem bestimmten Gebiet auf gewisse Zeit meinem bisherigen Arbeitgeber keinen Wettbewerb zu machen? Nein, diese Fälle lassen sich nicht zwanglos den reichsgerichtlichen Grundsätzen unterordnen: Form und Inhalt werden gepreßt, um sie füreinander passend zu machen. Nur in den beiden dargestellten Entscheidungen hat das Reichsgericht — wohl mehr gefühlsmäßig — den richtigen Weg beschritten, indem es die Unwirksamkeit nicht aus § 138 BGB. begründet, sondern auf die Normen des ungeschriebenen Rechts gestützt hat.

Wenn das Reichsgericht gleichwohl keine Bedenken trägt, sonst stets nach § 138 BGB. zu verfahren, so deutet auch das nur auf den gewaltigen Einfluß hin, den die Lotmarsche Kategorie auf die

Lehre vom unsittlichen Vertrag, in der Rechtslehre unter ausdrücklicher, in der Rechtsprechung unter stillschweigender Billigung, gewonnen hat. Diesem Einfluß konnte sich die Rechtsprechung umsoweniger entziehen, als ihr — wie gezeigt — eine wirkliche Realdefinition nicht zu Gebote stand. Nur so lassen sich die — trotz der zutreffenden reichsgerichtlichen Grundsätze — fehlerhaften Subsumptionsschlüsse erklären. Vergegenwärtigt man sich schließlich noch, daß nach dem Wegfall der „öffentlichen Ordnung" als Nichtigkeitsgrund eine auch nur annähernd befriedigende Lösung aus dem Gesetze nicht mehr möglich ist, so erkennt man, daß das Zurückgreifen auf § 138 BGB. gewissermaßen zwangsläufig erfolgen mußte, was auch zur Genüge aus den Beweisführungen von Eccius und Wendt hervorgeht.

Der letzte Zweck des Rechts liegt in nichts anderem, als in der Erhaltung und Förderung der menschlichen Gesellschaft. Diese Funktion stempelt das Recht zum Träger der Kultur. Da aber die Kultur nur teilweise unveränderlich ist, im übrigen aber bei ihrer Fortentwicklung stets wechselnden Bedingungen unterliegt, so ist auch das Recht nur in ganz beschränktem Umfange absolut, darüber hinaus aber relativ in dem Sinne, daß es den jeweiligen idealen und realen Bedürfnissen, wie sie die bestimmte Kultur einer Zeit mit sich bringt, Rechnung tragen muß. Erscheinungen, die sich aus dieser Relativität, die im Vordergrund steht, ergeben, ist man heute gewohnt als etwas Gegebenes hinzunehmen. Erinnert sei nur daran, daß ehemals Recht und Sitte, auch die religiöse, in ungeteilter Gemeinschaft lebten; die Trennung beider, welche die heutige Anschauung für selbstverständlich hält, ist erst ein bedeutsames Ereignis der Rechtsentwicklung; Kohler[214]) erblickt in dieser Trennung eine der Grundlagen unserer heutigen Rechtsordnung überhaupt. So sind auch die Wechselbeziehungen zwischen Recht und Sittlichkeit im Laufe der Zeit ständigem Wandel unterworfen gewesen. Tatbestände, in denen die römischen Juristen einen Verstoß gegen die „boni mores" erblickt haben, sind nach heutiger Anschauung — wie gezeigt — nicht mehr notwendig sittenwidrig. Eine ganze Reihe von typischen Geschäften, die bereits bei der Besprechung der geschriebenen Grenzen

[214]) Kohler, Allg. Teil § 2 I S. 8.

der Privatautonomie erwähnt worden sind, wie z. B. die in §§ 310, 312, 276 Abs. 2, 619 BGB. geregelten, werden vom Gesetz schlechthin für nichtig erklärt, ohne daß es dabei auf die Frage der Moralwidrigkeit überhaupt einginge.[215]) Diese Erscheinung, daß die Frage der Sittenwidrigkeit sogleich verschwindet, wenn das Gesetz den betreffenden Fall im einzelnen regelt, läßt sich mehrfach beobachten. So wurde früher der Verzicht des Dienstverpflichteten auf die Befolgung der gesetzlichen Schutzvorschriften durch den Unternehmer für sittenwidrig erklärt.[216]) Heute ist die Frage durch § 619 BGB. entschieden. Genau so verhält es sich mit den Wettbewerbverboten in den Dienstverträgen von Handlungsgehilfen, durch die diesen Beschränkungen in ihrer wirtschaftlichen Betätigung nach Beendigung des Dienstverhältnisses auferlegt werden. Während sie vor dem Inkrafttreten der maßgeblichen Bestimmungen des Handelsgesetzbuches bei übermäßiger Bindung für sittenwidrig erklärt wurden,[217]) werden sie seither auf Grund dieser Bestimmungen auf das zulässige Maß zurückgeführt. Die Tendenz der Rechtsentwicklung geht also vom römischen über das gemeine Recht bis in unsere Tage dahin, den Kreis der sittenwidrigen Geschäfte immermehr zu beschränken. Im Gegensatz zu der Loslösung des Rechts von der Sitte ist d i e s e r Entwicklungsprozeß noch nicht abgeschlossen.

§ 14

3. Die freiheitsverschränkenden Verträge als Teil der rechtsfreien Sphäre.

Mit der Erkenntnis, daß die Schranken der freiheitsbeschränkenden Verträge nicht sittlicher, sondern rein rechtlicher Natur sind, ist zwar einer unrichtigen Anwendung des § 138 BGB. und einer Verflachung des Begriffs der guten Sitten vorgebeugt, aber einer praktischen Lösung wird das Problem dadurch nicht nähergebracht. Die Schwierigkeit besteht nunmehr darin, einen anderen Weg zu finden, um jene Verpflichtungen der rechtlichen Verbindlichkeit zu entkleiden.

[215]) v. Tuhr II, 1 § 51 I S. 184 oben.
[216]) vgl. hierzu Lotmar Anm. 212.
[217]) Seuff. A. 35, 106.

Eine Begründung der Unwirksamkeit auf Grund der positiven Vorschriften des Gesetzes ist nicht angängig. Von einer Unmöglichkeit der Leistung im Sinne des § 306 BGB. kann natürlich nicht gesprochen werden. Ebensowenig würde die Anwendung des § 241 BGB. nach der hier vertretenen Auffassung[218]) zum Ziele führen. Auch § 134 BGB. kann nicht herangezogen werden; denn gegen welches gesetzliche Verbot sollten die freiheitsbeschränkenden Verträge verstoßen? Schließlich kann auch der Begriff der „öffentlichen Ordnung" nicht verwandt werden, da seine Aufnahme in das Gesetz ausdrücklich abgelehnt worden ist und er im § 138 BGB. keinen hinreichenden Ausdruck gefunden hat.

Man ist bisher stets stillschweigend von der Voraussetzung ausgegangen, daß bei den verschiedenen Arten der freiheitsbeschränkenden Verträge doch immerhin Rechtsgeschäfte vorliegen und hat alsdann versucht, deren Nichtigkeit zu begründen. Die Vorfrage, ob hier überhaupt ein Rechtsgeschäft vorliegt, verdient indessen eine größere Aufmerksamkeit; denn erst wenn diese Vorfrage bejaht ist, kann nach logischen Grundsätzen geprüft werden, ob dem Rechtsgeschäft Wirksamkeit zukommt oder ob es wegen Sittenverstoßes nichtig ist.

Ein Lebenstatbestand, dem an sich die Bedeutung eines Rechtsgeschäfts zukommen würde, kann aus doppeltem Grunde nicht geeignet sein, die von den Beteiligten beabsichtigten Rechtswirkungen hervorzubringen. Zunächst ist es möglich, daß gewisse Mängel persönlicher oder sachlicher Art vorliegen, denen das Gesetz vernichtende Kraft beigelegt hat, so z. B. Geschäftsunfähigkeit oder Bewußtlosigkeit einer Partei, Willens- oder Formmängel. Alsdann liegt immerhin noch ein Rechtsgeschäft vor; denn das Gesetz spricht auch da von einem solchen, wo es die Verwirklichung des beabsichtigten Erfolges ablehnt, wie z. B. in §§ 134, 138 BGB. Sodann ist es aber auch denkbar, daß die Rechtswirkungen aus dem Grunde ausbleiben, weil die tatsächliche Vereinbarung, wie sie die Beteiligten getroffen haben, ihrer Natur nach überhaupt nicht einer rechtlichen Beurteilung unterliegen kann, weil sie der rechtsfreien Sphäre angehört. Hier empfiehlt es sich im Gegensatz zu dem nichtigen Rechtsgeschäft von einem sog. „entstehungsunmöglichen Geschäft" zu spre-

[218]) Siehe oben S. 8.

chen, wobei aber zu beachten ist, daß es sich um einen bloßen historischen Vorgang, nicht etwa um ein Rechtsgeschäft handelt. Dieses gehört der rechtsfreien, jenes der rechtlichen Sphäre an. Vergleichsweise kann vielleicht auf den — allerdings nicht völlig gleichliegenden — Unterschied im Eherecht zwischen matrimonium nullum und nichtiger Ehe hingewiesen werden. Das entstehungsunmögliche Geschäft ist damit jeder rechtlichen Beurteilung entrückt und einer Wertung am Sittenmaßstab überhaupt nicht zugänglich.

Nach diesen Ausführungen liegt der Gedanke nicht fern, auch die Verträge der zweiten Kategorie Lotmars in die rechtsfreie Sphäre zu verweisen und damit ihre Entstehung unmöglich zu machen. Eine solche Behandlung ist — worauf hier schon hingewiesen wird — nicht nur sehr zweckmäßig hinsichtlich ihrer praktischen Ergebnisse, sondern sie erscheint nach unserer heutigen Lebens- und Kulturanschauung geradezu geboten. Damit tritt zum zweiten Mal die durch den kulturellen Wechsel bedingte Relativität des Rechts in den Kreis der Betrachtungen.

Als außerhalb des Rechtskreises stehend, werden — wie eingangs ausgeführt — auch von der herrschenden Meinung angesehen die Gebiete der Religion, der Liebe, des gesellschaftlichen Verkehrs usw. Diese Scheidung war selbstredend nicht von Anbeginn des Rechts etwas Gegebenes; es darf hier nur erinnert werden an den ehemals rechtlichen Charakter der Vorschriften des religiösen Lebens früherer Zeiten sowie der Regeln für den Empfang und die Behandlung der Fremden. Es bedeutete einen großen Fortschritt in der Erkenntnis vom Wesen des Rechts, als man dem Recht seine allbeherrschende Stellung nahm, und es dem Einzelnen überließ, seine persönlichsten Angelegenheiten auf dem Gebiete der Religion, des geselligen Verkehrs in unbewachter Freiheit selbst zu regeln. In welGrenzen diese Freiheit des Einzelnen anzuerkennen ist, — das bestimmen die jeweiligen kulturellen Anschauungen der Zeit. Unserer Anschauung widerspricht es zweifellos, einem Versprechen, regelmäßig die Kirche zu besuchen oder auf einer Gesellschaft zu erscheinen oder was es sonst sein mag, eine rechtlich verbindliche Kraft beizulegen.

Von hier aus ist es aber nur noch ein Schritt zu den Verträgen der zweiten Lotmarschen Kategorie. Man vergegenwärtige sich

einige typische Fälle: ein Vormund verpflichtet sich, die Zustimmung zu einem Geschäft seines Mündels, ein Vater zur Verehelichung seiner Tochter zu geben, oder ein Kaufmann verpflichtet sich, gegenüber seinem Konkurrenten während eines außergewöhnlich langen Zeitraums in Europa kein Konkurrenzgeschäft zu eröffnen oder sich an einem solchen zu beteiligen. Mit unserer Kulturanschauung, mit unserer Anschauung vom Vormundschafts-, vom Eltern- und Kindesverhältnis läßt es sich jedenfalls nicht vereinbaren, daß sich ein Vormund oder Vater zur Abgabe dieser Erklärungen einem rechtsgeschäftlichen Zwange unterwirft. Unseren sozialen und wirtschaftlichen Anschauungen widerspricht jene Vereinbarung der beiden Kaufleute, die einer Vernichtung der Erwerbsfähigkeit, der wirtschaftlichen Persönlichkeit gleichkommt; eine derartige wirtschaftliche Selbstentmündigung duldet unser Kulturideal von der freien wirtschaftlichen Betätigung der Einzelpersönlichkeit nicht. Mögen die Vertragschließenden die Bewirkung dieser Leistungen freiwillig oder in Erfüllung einer freundschaftlichen oder sittlichen Verpflichtung auf sich nehmen, — die Rechtsordnung leiht ihren Arm zur Durchsetzung derselben nicht, selbst wenn die Vertragschließenden noch so feierlich die rechtliche Verbindlichkeit ausgesprochen haben.

Diese Verpflichtungen gehören der rechtsfreien Sphäre an; sie stehen außerhalb des Geltungsbereichs der Rechtsordnung. Die Freiheit des einzelnen Rechtssubjekts, jenes große Menschheitsideal — dessen Veräußerung ist der entscheidende Inhalt dieser Verträge. Hier liegt der innere Grund, der im Sinne der individualistischen Anschauung unserer Tage gebieterisch verlangt, der allgemeinen Verpflichtungsmöglichkeit des Einzelnen Grenzen zu setzen, die Privatautonomie einzuschränken.

Gewiß wird hierdurch die Vertragsfreiheit in gewissem Umfang aufgehoben. Aber es verhält sich mit der Vertragsfreiheit nicht anders wie mit der allgemeinen menschlichen Freiheit — soziologisch betrachtet — überhaupt: der Mensch, der in die Gesellschaft eintritt, gibt damit einen Teil seiner Freiheit auf, aber nur um als Mitglied der Gesellschaft größere Freiheit wiederzuerlangen.[219]) So wird auch

[219]) vgl. auch Spinoza, Ethik, Teil IV Lehrs. 73: Der von der Vernunft geleitete Mensch ist im Staate, wo er nach gemeinsamen Beschluß lebt, freier als in der Einsamkeit, wo er sich allein gehorcht.

gerade durch die Beschränkung der Vertragsfreiheit am besten der Wahrung der Freiheit des Schuldners gedient. Denn dem Grundsatze der Vertragsfreiheit wohnt die Tendenz inne, sich selbst aufzuheben.

Es könnte der Einwand erhoben werden, daß das Gesetz für diese Behandlung der freiheitsbeschränkenden Verträge keinerlei Grundlage gewähre. Hierauf kann indessen mit gutem Grund geantwortet werden, daß auch für die Verträge, die bisher bereits anerkanntermaßen in die rechtsfreie Sphäre fielen, das Gesetz eine solche Regelung nicht vorgesehen hat. Das Bürgerliche Gesetzbuch geht aber in seinem System von der stillschweigenden Voraussetzung aus, daß die Normen, die es aufstellt, nur dann zur Anwendung kommen sollen, wenn das Lebensverhältnis überhaupt einer rechtlichen Beurteilung unterliegt. Ein anderes System lag in dieser Beziehung dem Preußischen Allgemeinen Landrecht zugrunde. Dieses enthält eine Reihe von Vorschriften, durch welche die freiheitsbeschränkenden Verträge für unwirksam erklärt werden; so z. B.

I, 4 § 9: „Gewissensfreiheit kann durch keine Willenserklärung eingeschränkt werden."

§ 10: „Zusagen, wodurch eine Mannsperson bis über das dreißigste, und eine Frauensperson bis über das fünfundzwanzigste Jahr hinaus, zum ehelosen Stande verpflichtet werden soll, sind ungültig."

§ 14: „Soweit eine Sache dem Privatverkehr entzogen ist, so weit kann sie kein Gegenstand einer Willenserklärung sein."

Hier liegen eben letzte Schranken, die jeder Rechtsordnung innewohnen, auf die sie nicht verzichten kann, mögen sie besonders ausgesprochen sein oder nicht.

Freilich darf der Grundsatz der Entstehungsunmöglichkeit freiheitsbeschränkender Verträge nicht überspannt werden. Zunächst steht soviel fest, daß sich eine rechtliche Betrachtung nur mit den Bindungen befassen kann, die dem Rechtssubjekt durch einen äußeren Zwang auferlegt werden; über seine innere Freiheit zu wachen, ist Pflicht und Aufgabe des Menschen selbst. Alsdann ist aber noch folgende Einschränkung notwendig. In die rechtsfreie Sphäre können nur solche Vereinbarungen verwiesen werden, die sich als eine ganz besondere Bindung darstellen. In Frage kommen nur solche Verträge,

die in Betätigungsbefugnisse des Einzelnen eingreifen, die mit dem Begriff der Persönlichkeit nach unserer Lebensanschauung unlösbar verknüpft sind.

Diese übermäßigen Freiheitsbeschränkungen können der verschieschiedensten Art sein. Eine erschöpfende Aufzählung kann ebensowenig die Aufgabe sein, wie die Aufstellung bestimmter Kategorien, denen sich sämtliche vielgestaltige Fälle des Lebens einordnen ließen. Die bisher in dieser Richtung, wenn auch unter anderen Gesichtspunkten, unternommenen Versuche [220]) scheinen das Unzulängliche dieses Vorgehens hinreichend zu beweisen: die Aufstellung von Kategorien führt zu einer schematisierenden Behandlung der einzelnen Fälle, bei der äußerlich geringfügige, aber höchst bedeutsame Abweichungen im Einzelnen zum Schaden der Billigkeit der Entscheidung verkannt werden.

Dieselbe Freiheitsbeschränkung kann im einen Fall unzulässig sein, im anderen nicht. Dies ergibt sich aus der Tatsache, daß eine an sich unzulässige Freiheitsbeschränkung doch im einzelnen Fall gerechtfertigt sein kann, weil sie entweder einem besonders berechtigten Interesse des Gläubigers dient oder sich nach den besonderen Verhältnissen des Schuldners nicht als eine unbillige darstellt. Diese Erscheinung gibt Veranlassung, von der Relativität der Freiheit zu sprechen. Für die Prüfung, ob ein Vertrag entstehungsunmöglich ist oder nicht, kann als allgemeine Richtschnur dienen, ob eine Vollstreckung der Hauptverpflichtung oder einer etwa vereinbarten Vertragsstrafe unserer Lebensanschauung entsprechen würde. Es soll versucht werden, an Hand dieser Hinweise unter Heranziehung der Rechtsprechung die Hauptgruppen der freiheitsbeschränkenden Verträge herausstellen.[221])

---

[220]) Eckstein in BürgA. 38 S. 197; 41 S. 188 ff.

[221]) vgl. auch Überblick über die Persönlichkeitsrechte bei Gierke I §§ 81 ff. S. 702 ff. und Schreuer §§ 25 ff. S. 87 ff.

IV. HAUPTTEIL.

Einteilung und die Hauptarten der Freiheitsbeschränkenden Verträge.

§ 15 1. Beschränkung der allgemeinen Freiheit.

Bei der Behandlung der freiheitsbeschränkenden Verträge ist grundsätzlich ein Unterschied zu machen zwischen der Freiheit, wie sie dem Einzelnen als Mensch kraft seiner Persönlichkeit zusteht, und der Freiheit, wie sie dem Rechtssubjekt kraft seiner besonderen Stellung im Rechtsleben eingeräumt ist.[222])

Im Vordergrund steht bei der ersten Gruppe die Freiheit des Einzelnen in Dingen der Lebensführung. Jedermann kann sich nach seinem Belieben kleiden,[223]) kann rauchen oder Alkohol genießen, kann spazierengehen, Lokale und Vergnügungsstätten nach seiner Neigung aufsuchen, kann sich auch nach eigener Neigung einen Beruf erwählen. Hierauf hat zwar der Einzelne kein Recht, aber es handelt sich hierbei um Befugnisse, Möglichkeiten, die ihm nicht durch rechtsgeschäftliche Bindung genommen werden können. Daher wäre das dem Onkel gegebene Versprechen des Neffen, sich des Alkohols zu enthalten, in jedem Falle, auch bei ausdrücklicher Betonung der rechtlichen Verbindlichkeit, unwirksam wegen Entstehungsunmöglichkeit. Die Freiheitsbeschränkung ist das Entscheidende, nicht die von Kohler[225]) angestellte Erwägung, daß der Vertrag nicht den Belangen des Gläu-

[222]) Die im Folgenden angezogenen Entscheidungen behandeln, sofern nichts Abweichendes bemerkt wird, die Fragen sämtlich unter dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit.

[223]) Abgesehen von der Dienstkleidung und Amtstracht der Soldaten und gewisser Beamter.

[225]) Kohler II, 1 § 34 I S. 89.

bigers, sondern den eigenen des Versprechenden diene, die Sorge für das eigene Selbst aber jedem überlassen bleiben müsse. Denn der Versprechensempfänger hat, wenn auch kein finanzielles, so doch immerhin ein Interesse an der Einhaltung des Versprechens, was genügt; ein stärkeres Interesse hat der Gläubiger auch nicht bei dem Vertrage zugunsten eines Dritten.

Entstehungsunmöglich sind ferner Verträge, welche die freie Wahl des Aufenthalts- oder Wohnorts beschränken, jedenfalls dann, wenn sie zeitlich unbeschränkte Verbote aufstellen. Selbst zeitlich beschränkte Verbote können wegen der Größe oder besonderen Bedeutung des Bannkreises für das Fortkommen des Verpflichteten eine unzulässige Bindung darstellen. Es kommt hier wesentlich darauf an, in welchem Umfange sich aus den besonderen Umständen des einzelnen Falles eine Freiheitsbeschränkung ergibt. Der Begriff der Freiheit in dieser Richtung ist ein relativer. Nicht anzuerkennen ist die Begründung der Nichtigkeit aus § 1 des Freizügigkeitsgesetzes, wie sie verschiedenen Entscheidungen des Reichsgerichts[226]) zugrunde liegt. Diese Bestimmung gewährt ein subjektives öffentliches Recht gegenüber dem Staate und anderen öffentlichrechtlichen Körperschaften. (Abs. 2 a. a. O.); es handelt sich um ein verfassungsmäßig[227]) gewährleistetes Grundrecht, aus dem nicht auf die Ungültigkeit einer entgegenstehenden privatrechtlichen Vereinbarung geschlossen werden kann.

Unbeschränkbar ist ferner das Recht jedes Menschen, die Wahrheit zu offenbaren. Hierher gehören die sog. Schweigeverträge.[228]) Auch diese enthalten nicht stets eine übermäßige Beschränkung. Für entstehungsunmöglich wird man nur diejenigen erklären müssen, die zur Geheimhaltung einer Tatsache zwingen, deren Mitteilung an andere dem Versprechenden eine moralische oder gar gesetzliche Pflicht ist.[229]) Unter diesem Gesichtspunkt sind zu betrachten das Schweigeversprechen des Ehebrechers gegenüber der Ehefrau,[230]) der Konkubine

[226]) Warn. 1910 Nr. 412 = JurW. 1911, 31; Warn. 1915 Nr. 8; Recht 14 Nr. 2972; anders R. G. 68, 191; JurW. 1912, 285/3.
[227]) Art. 11 RV.
[228]) R. G. 33, 337; 58, 304; OLG. 5, 110; 24, 259; ElsLothrZ. 14, 497
[229]) Ähnlich auch OLG. Colmar in Recht 14 Nr. 460.
[230]) R. G. in Recht 20 Nr. 18.

gegenüber dem nunmehr verheirateten Manne,[231]) der Mutter eines unehelichen Kindes gegenüber dem Schwängerer.[232]) Schweigeverträge über Handlungen, die unter die Strafgesetze fallen, sind stets entstehungsunmöglich.[233]) Wenn hier auch nur ausnahmsweise eine gesetzliche Pflicht[234]) zur Verbrechensanzeige besteht, so hat doch jeder Staatsbürger die moralische Verpflichtung an der Verwirklichung der Strafrechtsordnung mitzuwirken, die neben der Aufrechterhaltung der Staatsautorität nicht zuletzt auch seinen Schutz bezweckt. Eine Schweigepflicht bedeutet daher hier stets eine unzulässige Beschränkung der Freiheit zur Wahrheitsoffenbarung.[235]) Anders verhält es sich dagegen mit Verträgen, die zur Unterlassung der Stellung eines Strafantrages verpflichten. Durch die Ausgestaltung gewisser Delikte zu Antragsdelikten legt die Strafrechtsordnung die Verfolgung in das Ermessen des Antragsberechtigten. Dieser ist der Verletzte, der sich darüber schlüssig werden kann, ob die Tat durch öffentliche Strafe gesühnt werden soll. Eine hierüber in diesem oder jenem Sinne getroffene rechtsgeschäftliche Vereinbarung kann daher nicht als unzulässig angesehen werden.[236])

Dieser unbeschränkbaren Möglichkeit, die objektive Wahrheit zu offenbaren, entspricht die Freiheit persönlich zu den Tatsachen des Lebens Stellung zu nehmen: die Freiheit der Meinungsäußerung. Auch diese Befugnis des Menschen, im allgemeinsten Sinne verstanden, ist einer rechtsgeschäftlichen Beschränkung in keinem Falle zugänglich. Daher sind entstehungsunmöglich Verträge, durch welche die Verpflichtung zur Unterdrückung der politischen Meinung auferlegt wird. Auch gehören hierher Verträge, die den Vertragschließenden zur Verbreitung einer politischen Anschauung verpflichten, die nicht die seine ist; z. B. kann sich ein Anhänger der demokratischen Partei daher überhaupt nicht verpflichten, kommunistische Wahlpropaganda

---

[231]) LeipzZ. 18, 612; Recht 18 Nr. 10; OLG. Colmar ElsLothrZ. 17, 17. OLG. 22, 138.
[232]) SeuffA. 67, 49; OLG. 24, 259.
[233]) Für gültig erklärt von OLG. Colmar in ElsLothrZ. 10, 415.
[234]) §§ 139, 346, StGB.
[235]) R. G. in Recht 1910 Nr. 10; OLG. Karlsruhe in Bad. Rechtspr. 06, 95.
[236]) ebenso im Ergebnis Warn. 1908 Nr. 120.

zu treiben.[237]) Ebenso unmöglich ist eine vertragliche Beschränkung der Meinungsäußerung auf religiösem, künstlerischen, wissenschaftlichem oder sonstigem Gebiete. Entstehungsunmöglich sind daher Verträge, die die Veröffentlichung von Schriften irgendwelcher Art, das Halten von Vorträgen und Reden, die Beteiligung an einer Diskussion verhindern oder beschränken. Indessen wird man aber wohl bisweilen nur eine relative Freiheit behaupten dürfen. So wird z. B. unter Umständen ein Rechtsanwalt genötigt und verpflichtet sein, in Abweichung von seiner persönlichen Auffassung einen für seinen Mandanten günstigen Rechtsstandpunkt zu vertreten. Auf anderen Erwägungen beruht dagegen die Verpflichtung eines politischen Beamten, auf Anweisung des Vorgesetzten eine bestimmte Stellung einzunehmen. Hier beruht die Bindung nicht auf einem privatrechtlichen Vertrage, sondern auf dem öffentlichrechtlichen Beamtenverhältnis.

Aus der Freiheit der Meinungsäußerung ergibt sich die Freiheit, diese Meinung in jeder Weise zu vertreten, zu betätigen und dafür zu werben. Unbeschränkbar ist daher die Befugnis, einem religiösen, politischen oder wissenschaftlichen Verein beizutreten. Sofern es sich um Vereine handelt, die rein gesellschaftliche oder sportliche Zwecke verfolgen, ergibt sich die Freiheit des Vereinsbeitritts allein schon aus der Freiheit in Dingen der allgemeinen Lebensführung. Als vornehmste Betätigung der politischen Ueberzeugung muß endlich auch die Ausübung des politischen Wahlrechts von jeder privatrechtlichen Beschränkung frei sein. Abreden, das politische Wahlrecht in diesem oder jenem Sinne auszuüben, sind daher entstehungsunmöglich.

Die Freiheit der religiösen Ueberzeugung schließt in sich die Befugnis der freien Wahl des religiösen Bekenntnisses. Besonders hier muß die höchste, keinerlei Beschränkungen unterworfene Entschließungsfreiheit des Einzelnen Voraussetzung sein. Ueber diese Angelegenheit des Herzens muß jeder selbst frei befinden können. Verträge, die hierin Beschränkungen auferlegen, gehören der rechtsfreien Sphäre an.[238]) In welch' hohem Maße die freie Persönlichkeit hier auch

[237]) Anders, wenn der Verpflichtete nach Vertragsabschluß seine politische Überzeugung ändert: der Vertrag kann nicht rückwirkend entstehungsunmöglich werden; hier müssen die Regeln über die nachträgliche subjektive Unmöglichkeit zur Anwendung kommen.

[238]) vgl. R. G. 21, 282; R. G. in JurW. 1913 S. 1100/1.

nach Auffassung des Gesetzgebers berührt wird, läßt das Gesetz über die religiöse Kindererziehung[239]) erkennen, nach dessen § 5 das Kind bereits nach dem vollendeten 14. Lebensjahr — gegenüber den Eltern — frei über sein Bekenntnis entscheiden kann, und die Eltern nach Vollendung des 12. Lebensjahres das Kind gegen seinen Willen nicht mehr in einem anderen als dem bisherigen Bekenntnis erziehen dürfen.

Aehnlich wie die Wahl des religiösen Bekenntnisses fällt auch der Entschluß zur Heirat in den Kreis der höchstpersönlichen Entscheidungen, bei denen äußere Bindungen nicht maßgeblich sein dürfen. Dies hat jedenfalls dann zu gelten, wenn bei Abreden auf diesem Gebiet persönliche Momente insoweit im Vordergrund stehen, als es sich um die Verpflichtung handelt, eine bestimmte Person zu heiraten oder nicht zu heiraten.[240]) Solche Verträge sind wegen ihres tiefen Eingriffs in die persönliche Entschließungsfreiheit schlechthin entstehungsunmöglich. Ein derartiges Versprechen würde selbst gegenüber der zu heiratenden Person abgegeben, nach besonderer gesetzlicher Vorschrift klaglos sein, — § 1297 Abs. 1 BGB. —, und das Versprechen einer Vertragsstrafe wäre nichtig. — Abs. 2 a. a. O. — Insoweit hat der Satz, daß die Freiheit der Willensbestimmung bei der Eheschließung nicht beeinträchtigt werden soll, gesetzliche Anerkennung gefunden. Einen Anhaltspunkt dafür, daß die Vorschrift des Abs. 2 auch auf Dritte auszudehnen ist, wie dies Opet[241]) und Staudinger[242]) vorschlagen, gibt das Gesetz nicht. Dies wäre auch nur dann zulässig, wenn im Abs. 1 auch das Eheversprechen gegenüber einem Dritten für klaglos erklärt worden wäre. Da dies aber nicht der Fall ist, würde durch eine dahingehende ausdehnende Auslegung des Abs. 2 eine nicht beabsichtigte und ungerechtfertigte Zwiespaltigkeit in die Vorschrift hineingetragen. Eine einem Dritten für den Fall versprochene Vertragsstrafe, daß jemand eine bestimmte Person heiratet oder nicht heiratet, ist vielmehr nur deshalb unverbindlich, weil die Hauptverbindlichkeit entstehungsunmöglich ist.

Anders sind dagegen zu beurteilen, diejenigen Verträge, die, abgesehen von einer bestimmten Person, sachlich das Heiraten

---

[239]) vom 15. Juli 1921 —R. G. Bl. S. 939—
[240]) OLG. Rostock SeuffA. 49, 4.
[241]) Opet § 1297 Bem. 2.
[242]) Staudinger § 1297 Anm. 3.

schlechthin zur Pflicht machen oder verbieten. Auch hier läßt sich zwar die erhebliche Beeinträchtigung der Entschließungsfreiheit nicht verkennen, sodaß auch derartige Verträge häufig die gleiche Behandlung zu erfahren haben. Indessen ist es möglich, daß diese Verträge so geartet sind, daß sich ihr eigentlicher Schwerpunkt von der Freiheitsbeschränkung auf Erwägungen der Eugenik verlegt. Jemand verpflichtet sich z. B. einem Arzte, Verwandten oder gutem Freunde gegenüber nicht zu heiraten, weil er an einer unheilbaren Krankheit leidet oder erblich belastet ist. Hier tritt wieder die Relativität der Freiheit in den Vordergrund. Diese Verträge sind für gültig zu erachten. Denn die Beschränkung des Schuldners ist hier keine unbillige, sondern eine durchaus gerechtfertigte. Die öffentlichen Belange verlangen hier geradezu, daß die Rechtsordnung eine Möglichkeit gewährt, in dieser Richtung die moralische Pflicht zu einer Rechtspflicht zu erheben. Dies hat umsomehr zu gelten, als der Versprechensempfänger in diesen Fällen ein lebhaftes berechtigtes Interesse an der Einhaltung des Versprechens hat. Auch dem Gesetz selbst ist eine Beschränkung der Persönlichkeit in dieser Richtung nicht unbekannt, wenn es das Heiratsalter der physisch Heiratsfähigen bei Männern auf die Volljährigkeit, bei Frauen auf das vollendete 16. Lebensjahr festsetzt.[243]) — Welcher der beiden Fälle bei einem Versprechen der Ehelosigkeit vorliegt, ist unabhängig vom Wortlaut im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln.

In den bisherigen Beispielen bestand die Beschränkung der persönlichen Freiheit darin, daß der Verpflichtete eine Bindung eingegangen ist zu einem Verhalten, über das nach unseren Anschauungen jeder Einzelne unbeeinflußt von äußerem Zwang seine Entscheidung nach seinem eigenen freien Ermessen treffen soll. Die Beschränkung wird hier herbeigeführt durch die Art der versprochenen Handlung. Die Freiheitsbeschränkung kann aber auch in der Art und Weise, wie eine an sich nicht freiheitsbeschränkende Handlung versprochen wird, bestehen. Das sind die Verpflichtungen unter Verpfändung des Ehrenworts. Dieser Verknüpfung des idealen Gutes der Ehre mit vermögensrechtlichen Verbindlichkeiten, die häufig im kaufmännischen Verkehr anzutreffen sind, bedeutet ebenso einen schweren Ein-

[243]) Aus diesem Grunde hält Staudinger § 138 Anm. I, 6 allgemein das Versprechen der Ehelosigkeit für nicht sittenwidrig und daher gültig.

griff in die freie Persönlichkeit. Die Nichteinhaltung der bloßen rechtlichen Verpflichtung wird bei nachgewiesenem Verschulden eine Schadensersatzverpflichtung auslösen, durch deren Erfüllung der Schuldner ohne jeden weiteren Nachteil endgültig frei wird. Anders aber bei der Verpfändung des Ehrenworts: „hier läßt die bloße Nichterfüllung den Schuldner als wortbrüchig erscheinen, selbst wenn ihn kein oder kein erhebliches Verschulden trifft, und der Vorwurf der Ehrlosigkeit kann gegen ihn erhoben werden, auch wenn er gar nicht unehrenhaft gehandelt hat."[244]) In sorgfältiger Beachtung dieser Folgen wird der Schuldner um die Erfüllung seiner Verpflichtung nach Kräften bemüht sein, und zwar unter Aufwendung von Mitteln, die in keinem Verhältnis zu dem Werte und der Bedeutung der ehrenwörtlich gesicherten vermögensrechtlichen Verpflichtung stehen. Das Reichsgericht erklärt daher grundsätzlich Verpflichtungen unter dem Gewissenzwangs des Ehrenworts wegen Sittenwidrigkeit für nichtig.[245]) Im Schrifttum hat sich Th. Wolff[246]) grundsätzlich gegen diese Ansicht ausgesprochen, weil die Verpfändung des Ehrenworts der Anrufung Gottes nahestehe und das Gesetz die Anrufung Gottes für vermögensrechtliche Verhältnisse für zulässig erkläre. Das Richtige dürfte wohl auch hier sein, die Entscheidung davon abhängig zu machen, ob und in welchem Umfange eine unzulässige Freiheitsbeschränkung des Schuldners vorliegt. Hat der Gläubiger an der Erfüllung ein mehr als vermögensrechtliches Interesse, ist m. a. W. die versprochene Leistung von einer derartigen Bedeutung, daß ihre Verknüpfung mit dem idealen Gute der Ehre unseren Anschauungen nicht widerspricht, so sind derartige Verträge für zulässig zu halten: hier ist die Beschränkung des Schuldners nicht als eine unbillige anzusehen. Auch hier wieder hängt alles von den Umständen des einzelnen Falles ab.

Systematisch wären nunmehr die Beschränkungen des Rechtssubjekts in seiner wirtschaftlichen Freiheit zu erörtern. Da diese Gruppe die praktisch bedeutsamste, aber auch schwierigste ist und in Schrifttum und Rechtsprechung die größte Beachtung gefunden hat, erscheint es zweckmäßig, ihre Behandlung dem Schluß der Ausführungen vorzubehalten.

[244]) R. G 78, 263.
[245]) R. G. 68, 231; 74, 332; 82, 222. Anders OLG. Kiel in LeipzZ. 19, 918.
[246]) Th. Wolff in LeipzZ. 14, 1277 f.

2. Beschränkungen der kraft besonderer Rechtsstellung dem Einzelnen zustehenden Freiheit. § 16

Die bisher herangezogenen Beispiele haben gezeigt, in wie mannigfacher Weise in die allgemeine, jedem Menschen zustehende Freiheit rechtsgeschäftlich eingegriffen werden kann. Vielfach war der Begriff der Freiheit relativ aufzufassen, und demzufolge die Entscheidung bis zu einem gewissen Grade auf den Einzelfall abzustellen. Anders dagegen bei den Verträgen, welche die Freiheit beschränken, die dem Rechtssubjekt kraft seiner besonderen Stellung im Rechtsleben zukommt. Hier wird die Freiheitsbeschränkung immer die Entstehungsunmöglichkeit des Vertrages nach sich ziehen.

Beispiele für diese Gruppe ergeben sich zunächst aus der besonderen familienrechtlichen Stellung gewisser Personen. So gibt es keine rechtsgeschäftliche Beschränkung des gesetzlichen Vertreters eines beschränkt Geschäftsfähigen in der Erfüllung seiner ihm vom Gesetz zugewiesenen Aufgaben. Daher ist ein Vertrag, durch den sich ein Vormund verpflichtet, seine Zustimmung zu einem Geschäfte seines Mündels zu erteilen, entstehungsunmöglich. Frei steht es dem Vormund, seine Zustimmung sogleich zu geben, was wohl häufig in diesen Fällen auch gemeint ist und im Wege der Auslegung ermittelt werden kann. Dann ist die Zustimmung unzweifelhaft, auch wenn sie sachlich pflichtwidrig ist, wirksam gegeben. Verpflichten hierzu kann sich der Vormund jedoch nach unseren Anschauungen nicht. Denn nach pflichtmäßiger Prüfung des Geschäfts im Hinblick auf die Belange des Mündels hat der Vormund wie jeder gesetzliche Vertreter kraft eigenen freien Willensentschlusses die Zustimmung zu erteilen oder zu verweigern. Dies ist ihm aber verwehrt, wenn er bereits vorher in seiner Entscheidung rechtsgeschäftlich gebunden ist. Die Bedeutung eines derartigen Vertrages ist — soweit ersichtlich — nur von Glässing[247]) behandelt. Unter Betonung der öffentlichrechtlichen Seite der Vormundschaft gelangt er zur Unwirksamkeit eines solchen Vertrages, indem er ausführt, daß „Privatdispositionen nichtig sind, welche dienstliche Gebiete vormundschaftlicher Organe betreffen und

[247]) Glässing, Arch. f. öffentl. Recht 18, 58.

so einen äußeren Einfluß auf die nach amtlicher Pflicht zu treffenden Entscheidungen ausüben wollen."

Ganz ähnlich ist zu beurteilen die Befugnis des Vaters bezw. der Mutter gemäß § 1305 BGB. die Einwilligung zur Verehelichung der Tochter zu geben. Auch hier kann wiederum die Entscheidung zum Besten des Kindes nur auf Grund freier Entschließung erfolgen. Ein Verpflichtungsvertrag wäre entstehungsunmöglich.[248]) Dasselbe hat zu gelten von Verpflichtungsverträgen über die Erziehung des Kindes[249]) sowie die Bestimmung der Religion desselben. Endlich haben die gleiche Behandlung zu erfahren Verträge, durch die dauernd verzichtet wird auf das elterliche Erziehungsrecht sowie auf das aus der elterlichen Gewalt fließende Recht, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen; denn auch hierin ist eine unzulässige Selbstbeschränkung in Bezug auf die Entscheidungsbefugnisse zu erblicken.

Unbeschränkbar durch privatrechtliche Verträge sind ferner die staatsrechtlichen Organe hinsichtlich der Ausübung ihrer Funktionen. Verpflichtungen des Staatsoberhaupts auf Verleihung von Titeln, — z. B. eines Hoflieferanten oder Kommerzienrats — oder Ehrenzeichen sind entstehungsunmöglich. Das Vorrecht des Staatsoberhaupts steht außerhalb jedes Verkehrs, und es ist daher nicht möglich, eine sich aus diesem Vorrecht ergebende Tätigkeit zum Gegenstand einer privatrechtlichen Verpflichtung zu machen, selbst nicht in der Form, daß sich ein Dritter verpflichtet, die Verschaffung der Auszeichnung unter Aufbietung persönlichen Einflusses oder durch Ausnutzung persönlicher Beziehungen zu den maßgebenden Kreisen herbeizuführen.[250])

Aus dem Gebiete des öffentlichen Rechts gehören ferner in diesen Zusammenhang gewisse grundlegende prozeßrechtliche Befugnisse. Nicht möglich ist es daher, sich in einem privatrechtlichen Vertrage des Schutzes der Gerichte zu begeben, es sei denn, daß ein wirksamer Schiedsvertrag vereinbart ist. Aber nicht nur die Einleitung eines Prozeßrechtsverhältnisses in Gestalt der Klageerhebung, sondern auch dessen Fortsetzung kann vertraglich weder ausgeschlossen

[248]) OLG. Augsburg in Recht 07 Nr. 2250 S. 967 (Sittenwidrig wegen Vereinbarung eines Entgelts!)

[249]) SeuffA. 1, 82; 31, 23; 38, 36; JurW. 04, 257.

[250]) R. G. 86, 98 = JurW. 1915 S. 273/1. Warn. 1919 Nr. 51 = JurW. 1919 S. 447/8. Zeitschr. f. Rechtspfl. 12, 116.

noch beschränkt werden. Daher ist entstehungsunmöglich die Verpflichtung zur Klagrücknahme. Der Kläger kann freiwillig nach prozessualer Vorschrift seine Klage zurücknehmen, gezwungen werden dazu kann er aber nicht, auch nicht gemäß § 888 ZPO., wie dies Förster-Kann[251]) und Seuffert[252]) annehmen. Denn es ist das unverzichtbare Recht jedes Klägers, seinen Rechtsstreit nach eigenem Belieben, unbeschränkt durch irgendwelche Verpflichtungen, zu führen. Dies ist auch der richtige Standpunkt von Hellwig,[253]) der leider im übrigen Schrifttum kaum Zustimmung gefunden hat.

Eine andere Frage, die hier nicht zur Erörterung steht, ist die, ob nicht in der Verpflichtung zur Klagrücknahme eine Stundung oder gar ein Verzicht auf den materiellen Anspruch zu erblicken ist. Ist dieses Ergebnis nicht im Wege der Auslegung zu zeitigen, so kann man dem Beklagten nicht dadurch entgegenkommen, daß man ihm gegenüber dem bei seinem Klageanspruch verharrenden Kläger die exceptio doli gewährt, wie das Reichsgericht[254]) dies — ohne eine überzeugende Begründung zu geben — für angezeigt erachtet.

Vom Standpunkt des Beklagten aus betrachtet, bedeuten die entwickelten Grundsätze, daß er sich weder dazu verpflichten kann, das Vorbringen des Klägers nicht zu bestreiten noch aber den Anspruch anzuerkennen. Freiwillig kann der Beklagte diesen etwa eingegangenen Verpflichtungen entsprechen; ein Zwang hierzu würde indessen eine unzulässige Beschränkung der sich aus der Stellung als Prozeßpartei ergebenden Freiheit sein. Ein Rechtsgeschäft hierüber ist daher entstehungsunmöglich.

Was von der Klageerhebung gesagt ist, gilt in gleicher Weise auch von der Einlegung der Berufung, sofern auf dieses Recht vor Erlaß des Urteils verzichtet wird. Während sich die Gültigkeit eines Verzichts nach Erlaß des Urteils aus § 514 ZPO. ergibt, ist ein Verzicht vor diesem Zeitpunkt deshalb nicht möglich, weil hier die Partei in völliger Unkenntnis über das Ergebnis des ersten Rechtszuges in einem ihrer prozessualen Grundrechte unzulässig beschränkt

---

[251]) Förster-Kann § 271 Anm. 4 a.
[252]) Seuffert § 271 Abs. 7.
[253]) Hellwig, Anspruch u. Klagerecht § 24 S. 162, Lehrbuch. I § 27 Anm. 7 S. 177.
[254]) R. G. 102, 217 = JurW. 1921 S. 1244/22.

würde. Der entgegenstehenden Ansicht des Reichsgerichts,[255]) das sich auf die Begründung zum III. Entwurf der ZPO.[256]) bezieht, kann aus folgenden Gründen nicht zugestimmt werden. Abgesehen davon, daß den Materialien bekanntlich eine entscheidende Bedeutung nicht beigelegt werden kann, spricht die Begründung des III. Entwurfs weder für die eine noch für die andere Ansicht; denn sie erklärt für die Frage lediglich die Grundsätze des bürgerlichen Rechts für maßgebend. Diesen kann aber nur die Unwirksamkeit wegen Entstehungsunmöglichkeit entnommen werden. Das Reichsgericht hat stattdessen unter grundsätzlicher Bejahung der Gültigkeit den Rechtsmittelverzicht in einem Ehescheidungsprozeß wegen Unvereinbarkeit mit dem Wesen nach §§ 134, 138 BGB. für nichtig erklärt.

Ein weiterer Kreis unverzichtbarer Rechte ergibt sich aus der besonderen Stellung des Zeugen im Prozeß. Wegen Entstehungsunmöglichkeit ist ein Vertrag unverbindlich, durch den sich der Zeuge verpflichtet, mit der Wahrheit zurückzuhalten oder gar die Unwahrheit zu sagen. Auch hier ist nicht die Frage der Sittengemäßheit zu stellen, weil es unsittlich ist, die Unwahrheit zu sagen,[257]) sondern der Kernpunkt besteht darin, daß der Zeuge in der Art und Weise seiner Aussage bestimmt werden soll und nicht mit der Freiheit seine Aussage machen kann, wie er es nur seinem Gewissen unterworfen seiner Stellung entsprechend tun soll. Die Frage der Entstehungsunmöglichkeit eines Rechtsgeschäfts geht — wie oben ausgeführt — der der Unsittlichkeit vor. Ebensowenig kann sich ein Zeuge verpflichten, von seinem ihm zustehenden Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch zu machen oder nicht.[258]) Ob er das eine oder andere tun und von welchen Gesichtspunkten er sich dabei leiten lassen will, ist eben lediglich seine eigene Sache.

Schließlich seien noch aus dem Rechte der Handelsgesellschaften einige Fälle erwähnt. Unbeschränkbar sind die jedem Gesellschafter zustehenden Mitgliedschaftsrechte. Insbesondere gehört hierzu die freie Ausübung des Stimmrechts in den Gesellschafts-

[255]) R. G. 70, 60; 104, 135; auch 59, 348.

[256]) Begründung z. III. E. S. 300 = Hahn, Materialien I. Abt. S. 351.

[257]) so R. G. in Zeitschr. f. Rechtspfl. 10, 97.

[258]) SeuffA. 42, 290; 45, 81. Nach R. G. 79, 374 jedenfalls sittenwidrig bei einer Entlohnung.

versammlungen,[259]) sodann aber auch alle übrigen Befugnisse bei der Mitwirkung in Gesellschaftsangelegenheiten. Daher ist z. B. die Verpflichtung eines Gesellschafters einer G. m. b. H., seine Rechte nur nach dem Willen eines Dritten auszuüben, schlechthin entstehungsunmöglich.[260]) Dieselbe unzulässige Freiheitsbeschränkung enthält die Bestimmung, wonach sich ein mit der G. m.b H. in Wettbewerb stehender Gesellschafter durch einen anderen Gesellschafter oder ein Mitglied der Geschäftsführung oder des Aufsichtsrats in den Gesellschaftsversammlungen oder gar in allen Angelegenheiten der Gesellschaft vertreten lassen muß. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu dieser Frage ist keine einheitliche. Während die Uebertragung sämtlicher Mitgliedschaftsrechte an einen Vertreter für sittenwidrig erklärt worden ist,[261]) soll die Maßnahme, derzufolge der im Wettbewerb stehende Gesellschafter nur sein Stimmrecht auf einen Vertreter zu übertragen hat, nicht über Gebühr in die Freiheit und Rechte der Gesellschafter eingreifen.[262]) Diese Unterscheidung läßt einen inneren Grund vermissen. Denn beide Fälle werden gekennzeichnet durch einen Eingriff in die Grundrechte jedes Gesellschafters, mag dieser auch dem Grade nach verschieden sein, ein solcher Eingriff ist stets, auch in dem minder schweren Fall, unzulässig. Auch wird der Eingriff nicht etwa durch das unverkennbar recht erhebliche Interesse der Gesellschaft gerechtfertigt, das diese daran hat, daß der Gesellschafter nicht ihren eigenen Belangen die seines Wettbewerbsunternehmens vorgehen läßt. Gewiß läßt der gegenwärtige Zustand schwerlich eine gesunde Fortentwicklung der G. m. b. H. zu. Aber der zu seiner Beseitigung beschrittene Weg durch Eingriff in die Gesellschafterrechte ist nicht der richtige. Hat die G. m. b. H. es an vorbeugenden Maßnahmen im Gesellschaftsvertrage fehlen lassen, so bleibt nunmehr, da die Ausschließung eines Gesellschafters dem Gesetz betr. die G. m. b. H. unbekannt ist, als einziges Zwangsmittel nur noch die gemäß § 61 GmbHG. durch Klage herbeizuführende Auflösung der Gesellschaft, die auch wegen eines derartigen, einen wichtigen Grund bildenden Verhaltens eines Gesellschafters ausgesprochen werden kann.

[259]) R. G. 57, 205.
[260]) R. G. 69, 134; für grundsätzliche Zulässigkeit OLG. 24, 258.
[261]) R. G. 88, 220.
[262]) R. G. 80, 385.

§ 17

3. Beschränkungen der wirtschaftlichen Freiheit.

a) Wettbewerbverbote.

Nicht behandelt worden ist bis jetzt die die beiden anderen Gruppen an Wichtigkeit bei weitem überragende Gattung der die wirtschaftliche Freiheit beschränkenden Verträge. Obwohl das Wirtschaftsleben sich so recht in den Formen des eigennützigen Verkehrs abspielt und ganz im Zeichen der Vertragsfreiheit steht, findet doch auch hier die Privatautonomie ihre Grenze da, wo sie in ihren Auswirkungen die freie Persönlichkeit zu bedrohen beginnt. — In dieser Gruppe beanspruchen das größte Interesse die Wettbewerbverbote und die Knebelungsverträge in ihren verschiedenen Formen.

Unter einem Wettbewerbverbot versteht man eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung zwischen zwei untereinander in Wettbewerb stehenden Wirtschaftssubjekten, durch die sich das eine zugunsten des anderen zu einer Beschränkung seiner wirtschaftlichen Tätigkeit verpflichtet.[263]) Wird eine solche Vereinbarung zwischen Prinzipal und Handlungsgehilfen getroffen, so gelten für ein solches Wettbewerbverbot die §§ 74 ff. HGB. Ein Wettbewerbverbot zwischen einem Unternehmer und einem gewerblichen Angestellten regelt sich nach § 133 f GewO. Diese gesetzlich geregelten Fälle scheiden hier aus. Der Wissenschaft ist nur noch die Regelung der übrigen Wettbewerbverbote, also hauptsächlich zwischen selbständigen Kaufleuten und zwischen Angehörigen der freien Berufe verblieben. Die Einengung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit, die der Verpflichtete durch ein Wettbewerbverbot auf sich nimmt, ist regelmäßig vertraglich näher umschrieben. Sie kann beschränkt sein in gegenständlicher Beziehung auf ein bestimmtes Gewerbe, einen Fabrikations- oder Handelszweig u. Ä., in zeitlicher Beziehung auf einen näher bestimmten Zeitraum, in örtlicher Beziehung auf einen bestimmten Wirtschaftsbezirk, ein Land oder einen Erdteil.

---

[263]) Zu unterscheiden von den nicht auf Vertrag beruhenden Wettbewerbverboten der §§ 60, 112, 236 HGB. Dem Sprachgebrauch, der diese Beschränkung als Konkurrenzverbot, jene als Konkurrenzklausel bezeichnet, kann im Hinblick auf die Legaldefinition in § 74 HGB. nicht gefolgt werden.

Gemeinsames Kennzeichen aller Wettbewerbverbote ist also daß der Schuldner in Verfolg der Belange des Gläubigers einer bestimmten wirtschaftlichen Tätigkeit dauernd oder auf Zeit innerhalb eines bestimmten Bannkreises entsagt. Nicht notwendig braucht aus einer solchen Vereinbarung eine unbillige und unangemessene Beschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit zu erwachsen. Daß dies aber jedenfalls durchaus möglich ist, beweisen praktisch die häufigen Fälle, die der Rechtsprechung zur Entscheidung vorgelegen haben, und ist theoretisch auch fast durchweg anerkannt. Zu eng ist die abweichende Auffassung von Geller.[264]) Nach seiner Ansicht soll man seine Freiheit nur dann aufgeben oder beschränken, wenn man sich in den Dienst eines anderen begibt, der die eigene volle Arbeitskraft für sich in Anspruch nehmen kann. In der Verpflichtung, eine gewisse Tätigkeit zu unterlassen, liege daher keine Aufhebung oder Beeinträchtigung der Freiheit des Individuums, sondern nur eine Beschränkung seiner „Willkür"; denn im übrigen könne der Verpflichtete jede andere als die verbotene Tätigkeit ausüben. Hierbei scheint Geller indessen von einer falschen Voraussetzung auszugehen. Er stellt die Frage nämlich auf das Beispiel eines Wettbewerbverbots ab, nach dessen Inhalt der Schuldner unter Berücksichtigung der besonderen Umstände in zumutbarer Weise eine seinen Fähigkeiten entsprechende andere Tätigkeit ausüben kann: ein Fall also, wie er sich nur höchst selten im praktischen Leben beobachten läßt.

Wann liegt ein Wettbewerbverbot vor, dessen Bedingungen derartig sind, daß sie mit der Vorstellung von der freien wirtschaftlichen Einzelpersönlichkeit unvereinbar sind? Von dem völlig unbegrenzten Verbot allgemeinster und umfassendster Form bis zu dem kurzfristigen, auf einen kleinen, unbedeutenden Gewerbezweig in einem ebensolchen Bezirk beschränkten Verbot mit angemessener Entschädigung gibt es eine Unmenge von Uebergangsstufen. Aber einmal wird die Grenze überschritten, von wo ab ein solcher Vertrag das Wesen der wirtschaftlichen Persönlichkeit in ihrem Kern trifft und daher der Entstehungsunmöglichkeit anheimfällt. Wo diese Grenze liegt, hängt in besonderem Maße vom Einzelfall ab. Derselbe Vertrag kann mit dem Dorfkrämer abgeschlossen, unwirksam, mit dem Welthaus abgeschlossen, gültig sein.

[264]) Geller, Wirtschaftliche Konkurrenz. In Österr. Zentr. Bl. Bd. 9 S. 1 ff. bes. S. 11.

Wird die Vorfrage bejaht, daß das Wettbewerbverbot die wirtschaftliche Freiheit des Verpflichteten bedrohen kann, dann ist rücksichtlich dieser Relativität der wirtschaftlichen Freiheit weiter zu prüfen, ob die Freiheitsbeschränkung durch ein besonderes Interesse des Gläubigers gerechtfertigt wird oder ob sie sich unter Berücksichtigung ihrer Bedeutung für die besonderen Verhältnisse des Schuldners nicht als eine unbillige und unangemessene darstellt. Diese Erwägungen waren bisher in allen Fällen der Relativität der Freiheit anzustellen; für die gesetzlich geregelten Wettbewerbverbote sind sie überdies vorgeschrieben durch § 74a HGB. und § 133f GewO. Ob ein Interesse des Gläubigers vorliegt und ob es berechtigt ist, hängt von Art und Umfang dessen Unternehmens, sodann auch davon ab, in welchen Beziehungen der Schuldner zu diesem Unternehmen gestanden hat; beispielsweise hat er als früherer Angestellter Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse kennengelernt. Für die zweite Frage, ob das Verbot seiner Art nach keine ungewöhnliche Beschränkung des Schuldners enthält, ist von besonderer Bedeutung, in welcher Weise das Verbot selbst inhaltlich begrenzt ist. Die bloße gegenständliche Begrenzung kann so vorwiegend das Wesen des Verbots bestimmen, daß es trotz seiner örtlichen und zeitlichen Unbeschränktheit keine Beschränkung der Freiheit bedeutet;[265]) so z. B. wenn der Schuldner in seiner eigentlichen Berufstätigkeit überhaupt nicht oder nur nebensächlich beschränkt wird. Hingegen kann das Verbot trotz dreifacher Beschränkung in einer Beziehung, etwa in gegenständlicher oder örtlicher, so weitgehend sein, daß seine Befolgung dem Schuldner nicht zugemutet werden kann; z. B., weil er sich infolge vorgerückten Alters nicht mehr in einen anderen Gewerbezweig einarbeiten oder ebensowenig von ihm verlangt werden kann, daß er seine wirtschaftliche Tätigkeit ins Ausland oder gar nach Außereuropa verlegt.

Schließlich ist hier im Gegensatz zu allen bisher besprochenen freiheitsbeschränkenden Verträgen der Entgeltlichkeit eine gewisse, allerdings auch nur mittelbare Bedeutung beizumessen. An sich kann die Beeinträchtigung der Freiheit als idealen, untrennbaren Bestandteiles der Persönlichkeit, nicht durch Geld gerechtfertigt oder wiedergutgemacht werden. Hier, wo gerade die wirtschaftliche

[265]) vgl. den Fall R. G. 53, 154. Staub-Bondi § 74 a Anm. 5.

Freiheit in Frage steht, wird aber bei der Prüfung, ob die Beschränkung eine unangemessene ist, die geldliche Entschädigung nicht außer Acht gelassen werden dürfen, da sie geeignet sein kann, der Freiheitsbeschränkung ihre Unbilligkeit und Unangemessenheit zu nehmen. So wäre z. B. folgender Fall denkbar: Ein Chemiker, der vorzugsweise auf dem Gebiete der Teerprodukte gearbeitet hat, verpflichtet sich bei seinem Ausscheiden aus einem Unternehmen, auf diesem Sondergebiete bei einer Wettbewerbfirma nicht mehr tätig zu sein; dafür wird ihm eine jährliche Entschädigung in Höhe seines bisherigen halben Jahresgehaltes gewährt. Für die Verzichtleistung auf sein Sondergebiet und die damit verbundene Unannehmlichkeit des Einarbeitens auf neuen Gebieten erhält der Chemiker die Vergütung; im übrigen kann er sich in einer seinen Fähigkeiten entsprechenden Weise auf allen übrigen Gebieten der Chemie betätigen. Hier zeigt sich der vermögensrechtliche Einschlag in dem Begriff der wirtschaftlichen Freiheit: ohne die Entschädigung würde das Wettbewerbverbot entstehungsunmöglich sein.

Immerhin wird man aber mit der Erwägung, daß das Wettbewerbverbot noch Raum lasse für die verschiedenen andersartigen Betätigungen, vorsichtig zu Werke gehen müssen.[266]) Denn wenn das Verbot seinem gesamten Inhalt nach geeignet ist, die Persönlichkeit in ihrem Kern zu treffen, dann liegt eben bereits in dem Ausschluß einer wirtschaftlichen Tätigkeit eine Freiheitsbeschränkung, und es kann sich nur noch fragen, ob diese wegen eines besonderen Interesses des Gläubigers oder einer etwaigen Entschädigung usw. keine unbillige ist.

Während nach allgemeiner Auffassung die Gültigkeit des Wettbewerbverbots auf den Gesichtspunkt der Freiheitsbeschränkung abzustellen ist, macht hiervon — soweit ersichtlich als einziger — eine Ausnahme Geller. Dieser lehnt aus den angegebenen Gründen den freiheitsbeschränkenden Charakter ab und hält die Gültigkeit des Wettbewerbverbots nur für bedingt durch „die allgemeine Voraussetzung eines des rechtlichen Schutzes teilhaftigen Interesses des Gläubigers." Dieses soll nur dann vorliegen, wenn die Nichtausübung der vertraglich verbotenen wirtschaftlichen Tätigkeit dem Gläubiger einen Vermögensvorteil oder die Ausübung einen Vermögens-

[266]) vgl. hierzu auch Eckstein in BürgA. 38, 207.

nachteil zu bringen vermag. Hinsichtlich dieses schutzwürdigen Interesses, das Geller übrigens anscheinend nur als vermögensrechtliches verstanden wissen will, kann auf das oben Gesagte verwiesen werden.[267]) — Im übrigen führt man indessen allgemein je nach dem Grade der Freiheitsbeschränkung die Wettbewerbverbote der Unwirksamkeit zu, und zwar die herrschende Meinung[268]) einschließlich des Reichsgerichts[269]) wegen Sittenverstoßes die übrigen Schriftsteller aus den verschiedenen, oben dargestellten Gründen.[270]) Nach der hier vertretenen Auffassung sind auch diese Verträge in die rechtsfreie Sphäre zu verweisen.

Andere Grundsätze haben für die Wettbewerbverbote zwischen approbierten Aerzten und Rechtsanwälten zu gelten. Die Ausübung dieser Berufe ist weniger eine rein wirtschaftliche, als vielmehr eine wissenschaftliche, mit hohen ethischen Pflichten gegenüber dem Gemeinwohl ausgestattete Tätigkeit.[271]) Auf Grund staatlicher, durch bestimmte Vorbildung bedingte Zulassung haben Aerzte und Rechtsanwälte beide gleich wichtigen sozialen Aufgaben zu dienen, der Gesundheits- und Rechtspflege. Beide Berufe sind staatlich organisiert und einer bestimmten Ehrengerichtsbarkeit unterworfen. Mit der Begründung, daß private Monopole diese Tätigkeiten zum privaten Nutzen, aber zum Schaden der Allgemeinheit hemmen und hierdurch das öffentliche Interesse verletzt werde, unterstellt das Reichsgericht[272]) diese Wettbewerbverbote dem § 138 BGB. unter Be-

---

[267]) oben S. 16 ff.

[268]) Lotmar, Unmoralischer Vertr. S. 72 f.
Enneccerus I, 1 § 178 III,2 S. 488 f.
Lehmann, Allg. Teil § 29 IV 2 b S. 139.
Staudinger § 138 Anm. 6 S. 478.
Oertmann § 138 Anm. B 1 c $\gamma, \beta\beta$ S. 492

[269]) R. G. 53, 154; 68, 229; 80, 219 R. G. Gruch. 51, 395; Warn. 1908 Nr. 597 S. 472; 1909 Nr. 495 S. 472; 1913 Nr. 217 S. 273; 1913 Nr. 274 S 322.

[270]) oben S. 46 ff.

[271]) Nicht hierher gehören Ärzte als Unternehmer von Privatkrankenanstalten, da hier ein reiner Gewerbebetrieb vorliegt; ebensowenig die hier ständig angestellten Ärzte, sofern sie vertraglich ihre ganze Arbeitskraft in den Dienst des Unternehmens gestellt haben; für diese ist es daher Pflicht, während der Dauer des Anstellungsvertrages anderweitige ärztliche Tätigkeit zu unterlassen.

[272]) R. G. 66, 143, bes. 151 = JurW. 1907, 475; R. G. 90, 35 = JurW. 1917 S 536/1. R. G. 90, 436; Warn. 1913 Nr. 218 S. 275 (Patentanwälte). Vgl. auch R. G. 68, 186 und R. G. in JurW. 1915 S. 696/2 = Warn. 1915 Nr. 162 S. 241.

rufung auf den Grundsatz der dritten Lotmarschen Kategorie, wonach es sittenwidrig ist, eine ökonomische Leistung in Kausalbeziehung zu einer Unterlassung zu setzen, die von Moralwegen nicht in Kausalbeziehung zu Geld oder Geldeswert stehen soll. Das Reichsgericht verzichtet also hier darauf, diese Verbote auf ihren freiheitsbeschränkenden Charakter zu prüfen. Das ist aber unerläßliche Voraussetzung; erst wenn das Bestehen eines Vertrages bejaht ist, kann an die Erörterung der Sittenwidrigkeit herangetreten werden. Greift man das Problem völlig unbeschränkt sein müssen, stellt ein solches Wettbewerbverbot auch gegebenen — Weise an, so ist nicht abzusehen, weshalb nicht auch bei Aerzten und Rechtsanwälten das Verbot eine Freiheitsbeschränkung darstellen kann. Da diese Berufe wegen ihrer hohen, im Interesse des gemeinen Wohls zu erfüllenden Aufgaben frei und völlig unbeschränkt sein müssen, stellt ein solches Wettbewerbverbot sogar stets eine unzulässige Freiheitsbeschränkung dar. Ein berechtigtes Interesse des Gläubigers ist stets zu verneinen; denn dessen wirtschaftliche Belange müssen in jedem Falle hinter dem öffentlichen Wohle, das die unbeschränkte und unbeschränkbare Ausübung dieser Berufe verlangt, zurückstehen.

Indessen soll der Hinweis nicht unterbleiben, daß die letzteren Grundsätze nur für die gemäß § 29 GewO. approbierten Aerzte, nicht aber z. B. für Zahntechniker und amerikanische Zahnärzte gelten. Hier handelt es sich um reine Gewerbe; die die ärztliche Sonderstellung rechtfertigenden Erwägungen treffen hier nicht zu. Es kann dem Reichsgericht [273]) nur beigepflichtet werden in den Ausführungen, „daß der rechtlich festgesetzte Begriff des Arztes nicht verlassen werden darf, wenn nicht die Anwendung der fraglichen Grundsätze ins Uferlose geraten soll."

b) Knebelungsverträge.

Neben den Wettbewerbverboten hat das Wirtschaftsleben noch eine ganze Reihe von anderen Verträgen hervorgebracht, die unter einseitiger Berücksichtigung der Belange des einen Teils und ohne Versuch eines beiderseitigen Interessenausgleichs die wirtschaftliche Freiheit in übermäßiger und unwürdiger Weise beschränken. Man

[273]) R. G. 70, 344; Warn. 1913 Nr. 217 S. 273 = JurW. 1913 S. 604/16.

pflegt diese Verträge gewöhnlich mit dem gemeinsamen Namen „Knebelungsverträge" zu bezeichnen, ohne daß freilich durch diese Zusammenfassung unter gemeinsamen Namen für die Art und Weise ihrer rechtlichen Behandlung viel gewonnen wäre. Denn inhaltlich sind diese Verträge so verschieden, daß sich noch weniger als bei den Wettbewerbverboten allgemeine Grundsätze aufstellen lassen.[274]) Entscheidend ist auch hier, ob der Schuldner seiner wirtschaftlichen Freiheit und Unabhängigkeit beraubt, ob er — wenn auch nur in einer, aber wesentlichen Hinsicht — zu einem willenlosen Werkzeug des Gläubigers gemacht wird. Ist dies zu verneinen, so steht der gültigen Entstehung der Verträge nichts im Wege, und es taucht erst dann gegebenenfalls die neue Frage auf, ob die Verträge nicht aus anderen Gründen, etwa wegen bewußter Schädigung der Belange Dritter, tatsächlich einen Sittenverstoß enthalten. Es erscheint zweckmäßig, die weitere begriffliche Erläuterung an besonders bemerkenswerte Einzelfälle anzuknüpfen.

Die eine Partei läßt sich von der anderen ein außerordentlich weitgehendes ausschließliches Verkaufsrecht bezüglich der von der letzteren hergestellten Fabrikate zu den denkbar äußersten Preisen und Bedingungen für 10 Jahre einräumen; zudem hat diese jeglichen Kundenbriefwechsel zu unterlassen und ihn an jene weiterzuleiten, hat auch zu dulden, daß jene ihre Schilder an ihrem Fabrikunternehmen anbringt. Endlich verpflichtet sie sich für die Dauer von fünf Jahren nach Vertragsende zur Zahlung von 10 Prozent Provision von sämtlichen Bruttoverkaufspreisen. — Zutreffend hat das Reichsgericht[275]) in diesen Bestimmungen eine unzulässige Knebelung erblickt, da die verpflichtete Firma hinsichtlich des Absatzes der Fabrikate ausschließlich vom Vertragsgegner abhängig sei und es diesem — da er sich einer entsprechenden Bezugspflicht nicht unterworfen habe — beliebig freistehe, den Betrieb des Unternehmens stillzulegen. Es ist dabei völlig unerheblich, ob für eine derartige Absicht irgendwelche Anhaltspunkte hervorgetreten sind; die Beschränkung der Freiheit wird nämlich allein schon durch den Vertragsabschluß bewirkt. Hiervon könnte aber allerdings dann nicht die Rede sein, wenn sich die aus-

[274]) R. G. in JurW. 1915, 191/2; R G. 58, 361; 67, 166; Warn. 1914 Nr. 316; OLG. 22, 142; 24, 263.

[275]) R. G. in JurW. 1917 S. 966/2.

schließliche Verkaufspflicht nur auf einen Teil der Gesamtproduktion bezogen und es im übrigen der verpflichteten Firma freigestanden hätte, sich anderwärts in nicht unerheblichem Umfange Absatz zu verschaffen.[276])

In einem anderen Falle[277]) hatte eine 24jährige Tochter ihrem Vater eine unwiderrufliche, die ausschließliche Verfügung über ihr Vermögen gewährende Vollmacht ausgestellt und die Nutznießung dieses Vermögens verschafft. Auf 21 Jahre hatte der Vater seiner Tochter dadurch die Verfügungsmöglichkeit entzogen und für die spätere Zeit die Wiedererlangung von seinem Belieben abhängig gemacht. Hieran ist bemerkenswert, daß bei dieser weitgehenden Beschränkung die Beweggründe der Parteien, besonders des berechtigten Teiles, völlig unerheblich sind. Selbst wenn der Vater nicht von der Absicht der Schädigung seiner Tochter geleitet worden ist, sondern vielmehr dieser aus irgendwelchen Gründen zu Hilfe kommen wollte, würde das in Hinsicht darauf, daß sich die Tochter in völlige wirtschaftliche Unfreiheit begeben hat, an der Unwirksamkeit des Vertrages nichts ändern.

Zur weiteren Klärung des Wesens der wirtschaftlichen Knebelung, sonderlich ihrer Beziehungen zur Sicherungsübereignung, ist folgendes Beispiel dienlich:[278]) Eine aus den Gesellschaftern A und B bestehende, mit Verlust arbeitende offene Handelsgesellschaft wird aufgelöst. B führt das Geschäft weiter; das Geschäftsguthaben, das zunächst im Geschäft verbleibt, wird in eine Darlehensforderung umgewandelt, die vierteljährlich in verhältnismäßig hohen Raten rückzahlbar ist. Gerät B hiermit in Verzug oder arbeitet er mit Unterbilanz oder geht das Geschäft durch sein Verschulden zurück, was ein von A zu ernennender Sachverständiger zu entscheiden hat, so wird die ganze Forderung fällig. Im letzteren Falle hat A außerdem das Recht, das Geschäft zu übernehmen und mit der bisherigen Firma fortzuführen, wohingegen B ausscheiden muß. Für die Darlehnsforderung unterwirft sich B der sofortigen Zwangsvollstreckung, überträgt zur Sicherheit die sämtlichen vorhandenen oder noch zu er-

---

[276]) So auch Warn. 1918 Nr. 1 S. 2.
[277]) R. G. in JurW. 1919, 443/1 = Warn. 1919 Nr. 108 S. 167.
[278]) R. G. in JurW. 1912 S. 457/3.

werbenden beweglichen Sachen des Geschäfts und zediert alle gegenwärtigen und zukünftigen Außenstände.

Gegen die Gültigkeit dieses Vertrages können sich aus verschiedenen Gründen Bedenken erheben. Zunächst ist wieder als erste die hier interessierende Frage zu stellen: Steht einer wirksamen Entstehung des Vertrages eine unzulässige Freiheitsbeschränkung entgegen? Ohne daß auf Weiteres eingegangen zu werden brauchte, scheitert der Vertrag bereits an dieser Prüfung. Denn in einem für seinen gesamten Inhalt wesentlichen Punkte ist der Vertrag freiheitsbeschränkender Natur. Ging nämlich das Geschäft zurück, was bei der schlechten Geschäftslage schon bei Vertragsabschluß nicht unwahrscheinlich war, und bejahte ein von A unschwer zu findender Sachverständiger das Verschulden des B, so konnte A das Geschäft übernehmen. Damit war unter so gut wie bestimmt eintretenden Voraussetzungen die gesamte wirtschaftliche Existenz des im übrigen vermögenslosen B in die Hand des A gelegt. Eine solche Selbstentmündigung ist unzulässig, ein sie bewirkender Vertrag entstehungsunmöglich. Dagegen dürfte gegen die Tatsache an und für sich, daß die Rückzahlungsraten ziemlich hoch sind und bei Verzug die entsprechend hohe Gesamtsumme sofort fällig wird, nichts zu erinnern sein. Denn daß jemand außergewöhnlich schwere, vielleicht seine Kräfte übersteigende Verbindlichkeiten eingeht, sich dieserhalb auch der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft, ist für sich allein nichts Mißbilligenswertes oder Verwerfliches.

In der weiter im Vertrage enthaltenen Uebertragung bezw. Zession sämtlicher gegenwärtiger und künftiger Aktiven zur Sicherheit erblickt das Reichsgericht[279]) einen Verstoß gegen den Grundsatz des § 310 BGB. und gegen die guten Sitten, letzteres deshalb, weil dem Geschäft des B nur der äußere Anschein der Kreditwürdigkeit und Selbständigkeit belassen wurde, während in Wahrheit ihm alle Aktiven entzogen und zum Nachteil aller übriger Kontrahenten zur Sicherung eines einzigen Gläubigers verwendet worden sind. Diese Auffassung ist in ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts[280]) entwickelt und auch beibehalten worden.

---

[279]) R. G. a. a. O. S. 457 rechts oben!

[280]) R. G. 85, 343; Warn. 1911 Nr. 182 S. 196; 1916 Nr. 271 S. 446 u. d. das. angez. Entsch 1917 Nr. 194 S. 299 (304); 1927 Nr. 157 S. 278. R. G. in JurW. 1911 S. 650/22; 1914 S. 83/15; 1928 S. 52/3.

Hierbei ist jedoch scharf zu unterscheiden. Die Uebertragung der zukünftigen Aktiven ist in Verfolg des Grundsatzes des § 310 BGB. für nichtig zu halten.[281]) Angesichts dieser Nichtigkeit können daher insoweit keinesfalls Gesichtspunkte der Entstehungsunmöglichkeit oder Sittenwidrigkeit in Betracht kommen, selbst wenn man in dieser Uebertragung der zukünftigen Aktiven eine Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit erblicken wollte. Wie verhält es sich aber mit der sicherungsweisen Uebertragung des gegenwärtigen Vermögens? Wird dieser Vertrag den allgemeinen Erfordernissen einer Uebereignung oder Abtretung gerecht, so ist gegen seine gültige Entstehung nichts einzuwenden. Denn mit einem Knebelungsvertrag hat die Sicherungsübereignung in ihrer gewöhnlichen Form nichts gemein.[282]) Von einer Schuldknechtschaft oder einer wirtschaftlichen Entmündigung des Uebereigners kann nicht gesprochen werden. Ein Gläubiger, der seinem in Zahlungsschwierigkeiten geratenen Schuldner Kredit einräumt oder bereits eingeräumten Kredit weiter beläßt, kann nicht daran gehindert werden — vom Standpunkt der Freiheitsbeschränkung aus betrachtet —, sich auf diese, nach den Verhältnissen des Schuldners häufig einzig mögliche Art und Weise zu sichern. Denn es werden lediglich frei verfügbare Vermögenswerte in einer Weise übertragen, die die wirtschaftliche Persönlichkeit des Schuldners unangetastet läßt. Die wirtschaftliche Betätigung des Schuldners, der doch im Besitz der übereigneten Sachen bleibt, wird nicht gehemmt, sondern im Gegenteil durch den Zufluß neuer Mittel erst wieder ermöglicht.

Die Sicherungsübereignung ist aber häufig nur eine Einzelbestimmung in einem großen Komplex von Vereinbarungen, die in ihrem Zusammenhang leicht auf eine Knebelung hinauslaufen können, wenn z. B. neben der Sicherungsübereignung vereinbart wird, daß die beim Schuldner eingehenden Gelder sogleich auf Konto des Gläubigers eingezahlt werden müssen, und daß ferner der Gläubiger sämtliche Ein- und Verkäufe zu genehmigen und außerdem ein weitgehendes allgemeines Kontrollrecht hat,[283]) oder daß der Gläubiger das Recht

---

[281]) So auch R. G. 67, 168; R. G. in JurW. 1911 S. 576/10.

[282]) vgl. auch die richtigen Ausführungen in R. G. JurW. 1921 S. 1363/6; Sittenwidrigkeit der Abtretung zukünftiger Forderungen ebenso verneint in Warn. 1914 Nr. 316 S. 449.

[283]) Warn. 1916 Nr. 271 S. 446.

hat, mit der Leitung des Betriebes des Schuldners einen von ihm zu ernennenden Prokuristen zu betrauen.[284]) Hier wird letztlich der Betrieb des Schuldners zu einer bloßen Filiale des Gläubigers erniedrigt.

Eine solche unzulässige Freiheitsbeschränkung wird man aber niemals allein schon aus der Tatsache folgern können, daß neben den gegenwärtigen auch die zukünftigen Aktiven übereignet bezw. abgetreten werden. Denn da die Vereinbarung über die zukünftigen Aktiven schlechthin nichtig ist, darf sie bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Lage des Schuldners nicht berücksichtigt werden.

Wenn somit die Sicherungsübereignung als solche eine Entstehungsunmöglichkeit wegen Knebelung des Schuldners nicht nach sich zieht, so ist damit nicht ausgeschlossen, daß ein solcher Vertrag aus anderen Gründen nichtig ist. Mit den durchaus zu billigenden Erwägungen des Reichsgerichts wird man dann tatsächlich einen Sittenverstoß bejahen müssen, wenn infolge der Geheimhaltung der Sicherungsübereignung der Schein der Kreditwürdigkeit des Schuldners erweckt wird und daher damit zu rechnen ist, daß spätere Gläubiger Kredit gewähren und dabei Schaden nehmen werden. Dieser Grund der Unwirksamkeit beruht aber auf eigentlicher Nichtigkeit, hat also mit den Fragen der gegenwärtigen Untersuchung keinen Zusammenhang.

Die bisherigen Erörterungen haben an Hand der besprochenen Beispiele gezeigt, daß das Problem der Knebelungsverträge nur befriedigend gelöst werden kann, wenn man die Verträge auf ihren freiheitsbeschränkenden Charakter im Einzelfall prüft und in der übermäßigen Beschränkung der Freiheit des Individuums den Grund der Entstehungsunmöglichkeit erblickt. Denn hier stehen nicht bloße Vermögensrechte auf dem Spiele, sondern das unveräußerliche Grundrecht jedes Menschen, die individuelle Freiheit, wird angetastet. Niemals darf aber die Rechtsordnung ihre Mittel dazu gewähren, um den frei geborenen Menschen unter Verletzung seines Persönlichkeitswertes in Fesseln zu schlagen, um ihn an der freien Auswirkung seiner Persönlichkeit zu hindern.

Es ist zweifelhaft, ob diese Gründe auch bei Vereinbarungen zwischen juristischen Personen, insbesondere Kapitalgesellschaften, zutreffen. Dem Reichsgericht[285]) lag zur Entscheidung ein Vertrag

[284]) Warn. 1927 Nr. 157 S. 278.
[285]) R. G. 82, 308 = JurW. 1913 S. 916/1.

zwischen der Deutsch-Amerikanischen Petroleumgesellschaft und der Deutschen Petroleumverkaufsgesellschaft m. b. H. vor. Hier hatte sich jene Gesellschaft durch zahlreiche, umfassende und einschneidende Einzelbestimmungen einen maßgeblichen Einfluß auf diese verschafft und ihr in weitem Umfange die selbständige Entscheidung bei der Führung ihrer Geschäfte genommen. Das Reichsgericht hat diese Vereinbarung wegen Sittenverstoßes für nichtig erklärt, und zwar weniger wegen dieser oder jener Einzelbestimmung, auf die es in der Tat nicht ankommen kann, sondern unter zusammenfassender Würdigung des gesamten Vertragsinhalts.

Obwohl diese Vereinbarung häufig als Hauptfall des Knebelungsvertrages im Schrifttum [286]) angezogen wird, so kann doch der Ansicht des Reichsgerichts nicht beigetreten werden. Denn die eigentlichen Gründe, aus denen ein Knebelungsvertrag entstehungsunmöglich ist, können niemals bei Kapitalgesellschaften zutreffen. Kapitalgesellschaften haben keine unveräußerlichen Menschenrechte. Ihre Grundlage ist nicht die Betätigung menschlicher Fähigkeiten, sondern das von den Mitgliedern zur Verfügung gestellte Kapital. Begibt sich daher eine Kapitalgesellschaft ihrer selbständigen Handlungsfreiheit, so bedeutet das letzten Endes nichts anderes, als daß dem Vertragsgegner die Herrschaft über das in der Gesellschaft zusammengefaßte Kapital eingeräumt wird. Man kann auch hier von einer Selbstentmündigung der Gesellschaft sprechen; aber man darf mit dem Worte nicht — wie gewöhnlich — den Sinn verbinden, daß hier der Verzicht auf unveräußerliche Grundrechte in Frage steht. Solche können nur der freigeborenen, natürlichen Person zugesprochen werden. Nicht ihrer Entschließungsfreiheit, sondern ihrer freien Verfügung über ihr Vermögen begibt sich die Kapitalgesellschaft. Dies ist ein an und für sich keineswegs anfechtbarer Vorgang, dessen Erfolg zudem auch auf andere rechtlich zulässige Weise erzielt werden kann, so z. B. bei der Aktiengesellschaft einfach durch Vereinigung der Mehrheit der Aktien in einer Hand. Ebensowenig wie es daher unwirksam ist, wenn eine Gesellschaft durch Erwerb der Aktienmehrheit oder Gesellschaftsanteile sich eine im Wettbewerb stehende Gesellschaft ihrem Willen gefügig macht, ist einem denselben Erfolg auf anderem Wege herbei-

[286]) Lehmann, Allg. Teil § 29 IV,2 b S. 139.
Enneccerus I,1 § 178 Anm. 29 S. 488.

führenden „Knebelvertrag" die Wirksamkeit abzusprechen. Rechtliche Bedenken können erst auftauchen, wenn die erworbene Vormachtsstellung in mißbräuchlicher Weise ausgenutzt wird.[287]) In diesem Fall führen aber andere Erwägungen zur Unwirksamkeit.

Diese Grundsätze gelten aber nur für die reinen Kapitalgesellschaften. Bei den Personalgesellschaften, die in erster Linie auf der persönlichen Betätigung der Gesellschafter beruhen, also z. B. der offenen Handelsgesellschaft, würde durch einen Knebelungsvertrag in gleicher Weise in die Betätigungsfreiheit der Gesellschafter eingegriffen werden, wie etwa bei einem Einzelkaufmann, sodaß solche Verträge also gegebenenfalls entstehungsunmöglich sind.

c) Bierlieferungsverträge.

In Vervollständigung der Erörterungen über den Knebelungsvertrag bedarf es letztlich noch einiger Bemerkungen über den sog. Bierlieferungsvertrag. Das Wesentliche dieses Vertrages ist, daß sich ein Gastwirt auf eine Reihe von Jahren verpflichtet, von einer bestimmten Brauerei Bier — gegebenenfalls eine Mindestmenge — zu beziehen; als Gegenleistung gewährt die Brauerei ein Darlehen oder stellt Wirtschaftsräume oder -einrichtungsgegenstände zur Verfügung. Da derartige Verträge den Belangen beider Teile entgegenkommen, insofern sie der Brauerei einen sicheren Absatz gewährleisten, dem jungen, häufig nicht sehr kapitalkräftigen Gastwirt die Gründung einer selbständigen Existenz ermöglichen, finden sie im Wirtschaftsleben häufig Verwendung. Dabei liegt indessen die Gefahr nahe, daß durch eine zu langjährige und zu große Bezugspflicht in die wirtschaftliche und gewerbliche Freiheit des Wirts eingegriffen wird. Es ist auch hier wieder auf den Einzelfall abzustellen, ob unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse der Parteien und des gesamten Vertragsinhaltes, insbesondere auch der Art und Höhe der dem Wirt zur Verfügung gestellten Mittel die diesem auferlegten Verpflichtungen erträglich erscheinen.

Unbedenklich wird man es als eine zu weitgehende Bindung ansehen müssen, wenn sich ein Wirt verpflichten muß, auf Lebenszeit und gleichviel wo und in welcher Art er ein Schankgewerbe betreibt,

[287]) So auch Marquardt in DJZ. 1922 S. 719.

jährlich für einen bestimmten Betrag Wein und Spirituosen zu beziehen, ohne Rücksicht darauf, ob er für diese Getränke Verwendung hat oder nicht.[288]) Ebenso entstehungsunmöglich ist die Vereinbarung, daß der Wirt gegenüber einem Dritten, etwa dem Verkäufer der Wirtschaft, eine Bezugspflicht in der Weise eingeht, daß die Bestimmung der lieferungsberechtigten Brauerei jeweils im Belieben dieses Dritten steht.[289]) Hier wird dem Wirt die Selbstbestimmung hinsichtlich eines wesentlichen Teiles seines Gewerbetriebes genommen und der Willkür des Dritten anheimgestellt. Der Wirt kann nicht im voraus die Leistungsfähigkeit der Brauereien übersehen, und wenn er sich nach allgemeinen Regeln über mangelhafte Vertragserfüllung unter Umständen auch vor der Lieferung unmittelbar schlechten Bieres schützen kann, so vermag er doch nicht einen eventuellen Rückgang seines Betriebes aufzuhalten, den der ihm aufgezwungene Wechsel in den Qualitäten des Bieres bei der verschiedenen Geschmacksrichtung seiner Kundschaft mit sich bringen kann.

Andererseits kann aber niemals allein aus der Dauer der übernommenen Bezugspflicht, mag diese auch sogar 10 Jahre sein, sofern sie nur überhaupt zeitlich begrenzt ist, ein unzulässiger Zwang gefolgert werden.[290]) Wird der übernommene Zwang durch wirtschaftliche Gegenleistungen der Brauerei gemildert, dann ist es auch bedeutungslos, wenn die Bezugspflicht noch unerhebliche Zeit fortdauert, nachdem ein gewährtes Darlehen zurückgezahlt ist.[291]) Ob in der Begründung der Bezugspflicht für eine über den normalen Bedarf hinausgehende Menge von Getränken oder dem Verbot des Verabreichens anderen als von der berechtigten Brauerei gelieferten Bieres schlechthin eine unbillige Härte zu erblicken ist, wird im wesentlichen von den besonderen geschäftlichen Verhältnissen des Wirts abhängen; die Frage wird wohl im letzteren Fall häufiger als im ersteren zu bejahen sein.

---

[288]) Warn. 1909 Nr. 273 S. 248.
[289]) R. G. in Recht 1907 Nr. 981 S. 505.
[290]) R. G. 67, 102; R. G. in JurW. 1906 S. 453/6.
[291]) R. G. 63, 390 (393).

§ 18 Rechtliche Schlußfolgerungen.

Ein gar buntes und vielgestaltiges Bild ist entwickelt worden. Und so verschiedenartig auch dieser kaleidoskopartige Ausschnitt aus der Fülle des praktischen Lebens auf den ersten Blick sein mag, so verbindet doch alle diese Verträge etwas Gemeinsames, daß sie nämlich dem freigeborenen Menschen sein wichtigstes untrennbares und unverzichtbares Attribut, die Freiheit, nehmen oder doch beeinträchtigen. Diese Tatsache ihrer Bedeutung entsprechend herauszustellen und die Folgerungen für die rechtliche Beurteilung zu ziehen, ist versucht worden. Der Begriff der Sittenwidrigkeit wurde beiseite geschoben und ersetzt durch den der Entstehungsunmöglichkeit. Es hat sich gezeigt, daß diese andere Art der Beurteilung nicht nur theoretische Bedeutung hat, sondern daß sie auch geeignet ist, in manchen Fällen, so z. B. bei der Knebelung von Kapitalgesellschaften, zu neuen wünschenswerten Ergebnissen zu führen. Immerhin änderte in den meisten Fällen der Gesichtspunkt der Entstehungsunmöglichkeit an der rechtlichen Bedeutungslosigkeit des Vertrages selbst nichts. Nur die Art der Begründung dieser Unwirksamkeit ist eine andere. Hieraus ergeben sich indessen wichtige grundsätzliche Folgerungen von allgemeiner praktischer Bedeutung:

Wird eine Verpflichtung, die ihrer Natur nach entstehungsunmöglich ist, nicht einseitig übernommen, sondern zum Gegenstand eines gegenseitigen Vertrages gemacht, so kann dadurch die rechtliche Beurteilung keine andere werden. Auch hier sind nicht Erwägungen der Sittengemäßheit anzustellen, selbst dann nicht, wenn etwa hierdurch im Sinne der dritten Kategorie Lotmars eine Verknüpfung eines Verhaltens mit geldlichen Vorteilen in einer das sittliche Empfinden verletzenden Weise herbeigeführt werden sollte. Denn der unzulässige Zwang besteht hier ebenso wie bei dem einseitigen Vertrage und muß mithin zur Entstehungsunmöglichkeit führen, ohne daß auf die Frage der Sittengemäßheit eingegangen werden kann.

Anders allerdings bei der konditionalen und kausalen Verknüpfung, wenn also die Vornahme der Handlung, zu der man sich nicht verpflichten kann, als Bedingung oder als Zweck einer Gegenleistung vereinbart wird. Hier entfällt die unzulässige Bindung und

damit der Grund für die Entstehungsunmöglichkeit. Damit eröffnet sich ein Weg, in diese Formen sonst entstehungsunmögliche Verträge umzudeuten, sofern Anhaltspunkte für die Annahme der einen oder anderen Art der Verknüpfung gegeben sind. Allerdings wird vielfach alsdann der Vertrag aus Gründen der dritten Kategorie Lotmars sittenwidrig sein. Häufig wird der Vertrag aber auch an dieser Klippe nicht scheitern, weil die Verknüpfung mit Geldeswert im Einzelfall sittlich zulässig erscheinen kann; so z. B. wenn jemand eine Zuwendung für den Fall der Heirat verspricht, um hierdurch die Ehe wirtschaftlich zu ermöglichen.[292])

Sodann wirkt sich die hier vertretene Auffassung in folgendem aus: Wird in Erfüllung eines gegenseitigen Vertrages, durch den sich jemand zur Vornahme einer Handlung verpflichtet, zu der er sich nicht verpflichten kann, ein Entgelt gezahlt, so muß die herrschende Meinung die Rückforderung gemäß § 817 S. 2 BGB. ausschließen, da nicht nur der Empfänger wegen der Art der versprochenen Handlung, sondern auch der Leistende, der hierfür ein Entgelt zahlt, gegen die guten Sitten verstößt. Dieses Ergebnis widerspricht jedem Gerechtigkeitsgefühl. So hat z. B. der Täter gegen das Versprechen, keinen Strafantrag zu stellen, den Schaden wiedergutgemacht; gleichwohl wird er von dem Geschädigten angezeigt. Oder jemand macht eine Zuwendung, damit der Empfänger eine bestimmte Person heiratet; nach dem Empfang des Geldes heiratet dieser aber jemand anderes. In diesen Fällen dürfte es doch durchaus der Billigkeit entsprechen, eine Rückforderung zuzulassen. Dieser Rückforderungsmöglichkeit steht nach der hier vertretenen Auffassung nichts im Wege. Denn das Verpflichtungsgeschäft ist nicht sittenwidrig, sondern entstehungsunmöglich, und was auf Grund dessen geleistet wird, wird nicht geleistet auf Grund einer turpis causa, sondern sine causa. Die Rückforderung ist daher stets nach § 812 BGB. möglich.

Die wichtigste Abweichung von der herrschenden Meinung betrifft diejenigen Verträge, die nur wegen des jeweiligen Grades der Freiheitsbeschränkung entstehungsunmöglich sind, also insbesondere die Wettbewerbverbote und gewisse Knebelungsverträge. Ist die Freiheitsbeschränkung als eine unzulässige zu bezeichnen, so muß die herrschende Meinung den Vertrag notwendig seinem ganzen Umfange

[292]) v. Tuhr II,2 § 70 II,2 S. 35.

nach gemäß § 138 BGB. für nichtig erklären. Dies führt indessen zu einer unterschiedlichen Behandlung der Wettbewerbverbote zwischen selbständigen Kaufleuten einerseits und Prinzipal und Handlungsgehilfen sowie Unternehmer und gewerblichem Arbeiter andererseits, die jeder inneren Berechtigung entbehrt. Denn dieses Wettbewerbverbot ist nur insoweit unverbindlich, als es das zulässige Maß überschreitet, während jenes in einem gleichgelagerten Fall völlig unwirksam ist. An ein Wettbewerbverbot von etwa 5 Jahren ist der Handlungsgehilfe für vielleicht 3 Jahre gebunden, während der selbständige Kaufmann ungehindert vom ersten Tage an Wettbewerb betreiben kann, da der Vertrag seinem ganzen Inhalt nach nichtig ist. Dies widerspricht dem Willen der Vertragsparteien sicherlich ebenso, wie wenn man einen auf die Dauer von 10 Jahren geschlossenen Bierlieferungsvertrag für völlig unwirksam erklärt, anstatt ihn für die zulässige Zeit von beispielsweise 5 Jahren aufrechtzuerhalten.

Eine Lösung wird durch das Gesetz nicht gegeben. Weder § 139 noch § 140 BGB. kann in diesem Zusammenhang mit Erfolg herangezogen werden. Denn die Anwendung des § 139 BGB. hat zur Voraussetzung, daß ein Rechtsgeschäft vorliegt, welches sich äußerlich zwar als ein einheitliches darstellt, das aber aus mehreren Teilen zusammengesetzt ist, von denen jeder für sich alleine Bestand haben kann. Der freiheitsbeschränkende Vertrag ist aber als solcher ein einheitlicher und kann nicht — wie dies Eckstein [293]) aus Zweckmäßigkeitsgründen will — in einen zulässigen und übermäßig beschränkenden Teil zerlegt werden. Auch das Reichsgericht [294]) lehnt bei einem unzulässigen Bierlieferungsvertrag die Anwendung des § 139 BGB. ab, allerdings mit der Begründung, daß diese zu einem richterlichen Herabsetzungsrecht führe, das dem § 139 BGB. unbekannt sei. Ebensowenig kann auch § 140 BGB. dem gewünschten Ergebnis dienlich sein. Denn der unwirksame freiheitsbeschränkende Vertrag kann in seiner vereinbarten Form niemals in ein anderes gültiges Rechtsgeschäft umgedeutet werden. § 140 BGB. läßt nur eine Aenderung der juristischen Konstruktion, nicht aber eine selbständige Aenderung des tatsächlichen Vertragsinhalts zu.

---

[293]) Eckstein in BürgA. 38 S. 209.
[294]) R. G. 76, 78.

Das Problem kann nur dann einer befriedigenden Lösung zugeführt werden, wenn man erkannt hat, daß die Regeln für die freiheitsbeschränkenden Verträge des modernen Wirtschaftslebens nicht dem geschriebenen Gesetze zu entnehmen sind. Grund der Unwirksamkeit ist nicht eine vermeintliche Sittenwidrigkeit, sondern die Entstehungsunmöglichkeit wegen unzulässiger Freiheitsbeschränkung. Niemals braucht aber eine Unwirksamkeit weiter zu gehen, als es ihr Grund verlangt: utile non debet per inutile vitiari. Die Neigung, einmal abgeschlossene Rechtsgeschäfte nach Möglichkeit zu schützen und aufrechtzuerhalten, ist auch dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht fremd; sie tritt hervor in den beiden Bestimmungen der §§ 139, 140 sowie 155 BGB. Besteht daher die Möglichkeit, den relativ freiheitsbeschränkenden Vertrag auf das zulässige Maß zurückzuführen, so können Bedenken wegen Entstehungsunmöglichkeit nunmehr nicht mehr geltend gemacht werden.

Einer solchen Rückführung kann man nicht mit dem Einwande begegnen, daß sie einem freien richterlichen Herabsetzungsrecht gleichkomme, ein solches aber — abgesehen von § 343 BGB. und § 93 Abs. 2 Rechtsanw.-Gebühr.-O. — dem Gesetze unbekannt sei und daher nicht zugelassen werden könne. Bereits einmal hat sich die Rechtsprechung unter Vorantritt des Reichsgerichts[295]) und fast einhelliger Zustimmung des Schrifttums[296]) über dieses theoretisch-konstruktive Bedenken hinweggesetzt und in richtiger Würdigung der Bedürfnisse des Verkehrs wirtschaftlichen Erwägungen den Vorrang gegeben: Verträge, die in Verdruß gegen die Höchstpreisgesetzgebung geschlossen und daher an sich nach § 134 BGB. völlig nichtig waren, sind aufrechterhalten worden unter Herabsetzung des Kaufpreises auf die festgesetzten Höchstpreise. Ein freies Herabsetzungsrecht bedeutet es schließlich auch, wenn das Wettbewerbverbot des Handlungsgehilfen in § 74a HGB. nur insoweit für unverbindlich erklärt wird, „als es nicht zum Schutze eines berechtigten Interesses des Prinzipals dient oder soweit es... eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Gehilfen enthält."

Ernsthafte und stichhaltige Zweifel kann nur die Frage aufkommen lassen, ob eine Herabsetzung sich nicht in Widerspruch setzt

[295]) R. G. 88, 250; 89, 196.

[296]) Oertmann § 134 Anm. 3 c γ und die dort Zit.

zu dem Willen der Vertragsparteien, die eine Möglichkeit der Unwirksamkeit gar nicht ins Auge gefaßt und für diesen Fall auch nichts vereinbart haben. Wird den Parteien — von ihrem Standpunkt aus betrachtet — ein minus oder ein aliud gegeben? Man kann die Lösung nicht schlechthin an der Erwägung des Reichsgerichts[297]) scheitern lassen, daß zu Unrecht an Stelle des vereinbarten nichtigen Vertrages etwas gesetzt werde, was die Parteien nicht vereinbart hätten. Denn hätten die Parteien für den Fall der Nichtigkeit ein besonderes — gültiges — Abkommen getroffen, so bestünden überhaupt keine Bedenken, dieses an Stelle des ersteren treten zu lassen. Die Fragestellung muß aber lauten: Würden die Parteien bei Kenntnis der Entstehungsunmöglichkeit des freiheitsbeschränkenden Vertrages in der von ihnen vereinbarten Form nicht das Geschäft mit dem zulässigen Grade der Freiheitsbeschränkung abgeschlossen haben? Im Sinne einer ergänzenden Auslegung gemäß § 157 BGB. ist der hypothetische, nicht der wirkliche Wille zu erforschen. Hierfür ist maßgebend der von den Parteien verfolgte Zweck. Da die Parteien einen Vertrag über die höchst zulässige Dauer oder in größt möglichem Umfange abschließen wollten, entspricht ihrem Willen nur eine solche rechtliche Behandlung, die diesem Erfolge am nächsten kommt.[298])

Die Praxis wird sich mit der Anerkennung des richterlichen Herabsetzungsrechts vor neue Aufgaben gestellt sehen. Die auftauchenden Schwierigkeiten dürften indessen nicht unüberwindlich sein. Soweit es sich um das wichtige Gebiet der Rückführung von Wettbewerbverboten handelt, werden die zu § 74a in Schrifttum und Rechtsprechung entwickelten Grundsätze mit Erfolg entsprechend angewandt werden können. Insbesondere kann die Rückführung der übermäßigen Beschränkung auf das richtige Maß sowohl in örtlicher, wie zeitlicher oder gegenständlicher Beziehung erfolgen. Hier mag nur noch darauf hingewiesen werden, daß die Herabsetzungsbefugnis sich auch dahin auswirken kann, daß das ganze Wettbewerbverbot für

[297]) R. G. 76, 80.

[298]) Ebenso haben sich für das Herabsetzungsrecht erklärt:
v. Tuhr II,2 § 70 II,3 S. 39.
Eckstein in BürgA. 38 S. 208 unter Billigung von
Lehmann, Allg. Teil § 29 IV,3 S. 141.
Ritter in DJZ. 1902, 352.
Marcus in DJZ. 1907 S. 952.

unverbindlich erklärt wird, falls nach dem besonderen Inhalt eine Herabsetzung ausnahmsweise nicht möglich sein sollte.[299])

Daß dabei die Gegenleistung in allen Fällen, wo eine solche vereinbart ist, nicht unberührt bleiben kann, bedarf keiner näheren Begründung. Ohne daß es einer besonderen rechtsgeschäftlichen Erklärung bedürfte, hat automatisch eine verhältnismäßige Minderung der Gegenleistung einzutreten.

[299]) Staub-Bondi § 74 a Anm. 9.

Druckfehlerberichtigung.

Auf Seite 89, 11 Zeile von unten, muß es richtig heißen:

. . . . Verträge, die in Verstoß gegen die Höchstpreisgesetzgebung . . . .

Lebenslauf.

Geboren wurde ich am 24. Mai 1905 zu Elberfeld als Sohn des damaligen Landrichters, jetzigen Oberlandesgerichtsrats Ernst Butteweg und seiner Ehefrau Käthie, geb. Schievenbusch. Ich bin preußischer Staatsangehöriger und evangelischen Bekenntnisses. Infolge der Ernennung meines Vaters zum Oberlandesgerichtsrat in Düsseldorf verlegten meine Eltern im November 1908 ihren Wohnsitz dorthin.

Hier besuchte ich von Ostern 1911 bis Ostern 1914 die Vorschule des Prinz Georg-Gymnasiums. Von da ab genoß ich den weiteren Unterricht bis Ostern 1917 auf der Städtischen Realschule i. E. in Düsseldorf-Grafenberg und sodann auf dem Städtischen Realgymnasium an der Rethelstraße, wo ich Ostern 1923 das Zeugnis der Reife erhielt.

Darauf bezog ich die Universitäten Köln, München und Bonn, um Rechts- und Staatswissenschaften zu studieren. In Köln war ich im Sommersemester 1923 und im Wintersemester 1923/24, in München im Sommersemester 1924, in Bonn vom Wintersemester 1924/25 bis zum Sommersemester 1926 einschließlich eingeschrieben.

Am 3. und 4. Februar 1927 habe ich vor dem juristischen Prüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Köln die erste juristische Prüfung bestanden und bin am 15. Februar 1927 zum Referendar ernannt worden. Seitdem befinde ich mich im Vorbereitungsdienst bei den Gerichten in Düsseldorf.

Die mündliche Promotionsprüfung habe ich am 14. Dezember 1928 abgelegt. Das Thema der Arbeit habe ich mir selbst gestellt. Eine Leitung bei der Abfassung der Arbeit hat nicht stattgefunden.

Osnabrücker
Buchdruckerei G. m. b. H.,
Osnabrück